

REVISTA
**BRASILEIRA
DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS**
RBCCrim

ANO 21 • 105 • NOVEMBRO-DEZEMBRO • 2013

COORDENAÇÃO:
HELOISA ESTELLITA



EDIÇÃO COMEMORATIVA
19º Seminário Internacional

PUBLICAÇÃO OFICIAL



THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

SUMÁRIO

O DIREITO EM AÇÃO

1. A argumentação do STF e do STJ acerca da periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis
CLAUDIA ROSANE ROESLER E LEONARDO ALMEIDA LAGE..... 13

TEORIA GERAL

1. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos
ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA..... 59
2. Dogmática jurídico penal y política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria
FRANCISCO MUÑOZ CONDE..... 59

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

1. O que não se pode definir, tampouco se deve criminalizar: novas reflexões sobre a criminalização do *doping*
ALAOR LEITE 121
2. Responsabilidad penal del personal sanitario: especial consideración de la imprudencia profesional
ANA I. PÉREZ-MACHÍO..... 151
3. Ainda o *doping* e a fórmula omissiva: exploração da teoria do bem jurídico como fórmula de identificação do autor
PAULO CÉSAR BUSATO 179

DIREITO PENAL INTERNACIONAL

1. Reformas penales en Brasil y España
JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ..... 207
2. Los "vulnerables" ante la jurisdicción interamericana de los Derechos Humanos
SERGIO GARCÍA RAMÍREZ..... 225

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA APLICAÇÃO NA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

I

*"Control over the act- theory" and its application in corporate
criminality: theoretical and practical aspects*

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

Doutor em Direito Penal pela USP. Professor-adjunto de Direito Penal da UERJ. Professor de Direito Penal da ESMPU. Procurador Regional da República.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Analisa-se as teorias sobre a distinção entre autoria e participação, em particular a teoria do domínio do fato e suas subdivisões (domínio funcional do fato e domínio da organização), bem como sua utilização na jurisprudência sobre criminalidade empresarial, enfocando, ainda, sua utilização no julgamento da Ação Penal 470 (STF).

PALAVRAS-CHAVE: Teorias da autoria e participação – Teoria do domínio do fato – Domínio funcional – Domínio da organização – Criminalidade empresarial – Jurisprudência – Ação Penal 470 (STF).

ABSTRACT: The intention of this paper is to analyze the theories and the distinction between authorship and participation, especially the "control over the act-theory" and its subdivisions (functional control and organization control) and its use in jurisprudence in relation to corporate crimes, it also focus on its use on the trial of Criminal Action 470 (STF).

KEYWORDS: Authorship and participation theories – "Control over the act-theory" – Functional control – Organization control – Corporate crimes – Jurisprudence – Criminal Action 470 (STF).

SUMÁRIO: 1. Delimitação e significado do tema – 2. Modelos teóricos diversos da teoria do domínio do fato: 2.1 Teorias tradicionais acerca da autoria e da participação; 2.2 Teoria da

instigação-autoria; 2.3 Teoria da coautoria delitiva – 3. Teoria do domínio do fato: 3.1 Domínio funcional do fato; 3.2 Domínio da organização; 3.3 Delitos de infração de dever – 4. Teoria do domínio do fato e sua aplicação pelos tribunais: 4.1 A jurisprudência do Superior Tribunal Federal Alemão (BGH); 4.2 A jurisprudência dos tribunais brasileiros (TRFs) – 5. Domínio do fato e a Ação Penal 470 (STF) – 6. Conclusão.

“Quem era o regente da orquestra?”
Min. Ayres Britto, APn 470, f. 56842.

1. DELIMITAÇÃO E SIGNIFICADO DO TEMA

Cuida a criminalidade empresarial de expressão genérica que abrange, na esteira das lições de Bernd Schünemann, os crimes econômicos cometidos por intermédio de uma pessoa jurídica. Nesse sentido, segundo aquele Autor, a criminalidade *de empresa* (*Unternehmenskriminalität*) não se confundiria com a criminalidade *na empresa* (*Betriebskriminalität*) – isto é, os crimes cometidos *dentro* ou *contra* a própria empresa –, na medida em que, neste último caso, as regras tradicionais do Direito Penal se prestariam a solucionar a atribuição de responsabilidade penal.¹

Diferentemente, na criminalidade de empresa – cujo conteúdo se associa quase que por completo com o *Direito Penal Econômico*, não somente na sua concepção estrita, como, igualmente, na ampla² – aglutinam-se importantes questões cujas soluções não são satisfatoriamente dadas pela dogmática do Di-

1. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. In: _____. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Trad. Daniela Brückner e Lascurain Sánchez. 1988. t. 41, fasc. 2, p. 529-530.
2. Em sentido restrito, Direito Penal Econômico compreende o conjunto de normas que reforçam, com a ameaça penal, a intervenção do Estado na ordem econômica. Por sua vez, Direito Penal Econômico em sentido amplo consiste no conjunto de normas penais que regulam toda a cadeia de produção, fabricação, circulação e consumo de bens e serviço, ou, nas palavras de Klaus Tiedemann, todo o *acontecer econômico* (Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da criminologia à política criminal. Direito penal econômico e o novo direito penal*. In: _____. *Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 120). Segundo lecionado por Tiedemann, o conceito amplo de Direito Penal Econômico se desprende do conceito restrito justamente por conta do *incremento da atividade empresarial*. *Verbis*: “La ampliación sigue el criterio tan criminológico como penal de que la ejecución de los hechos ocurre mediante una *empresa económica* o a favor de una empresa económica (‘corporate crime’, ‘Derecho penal de la empre-

teoria do domínio do fato: 3.1 Do-
Delitos de infração de dever – 4.
4.1 A jurisprudência do Superior
tribunais brasileiros (TRFs) – 5.

“Quem era o regente da orquestra?”
Min. Ayres Britto, APn 470, f. 56842.

ção genérica que abrange, na
s econômicos cometidos por
do, segundo aquele Autor, a
itât) não se confundiria com
– isto é, os crimes cometidos
em que, neste último caso, as
a solucionar a atribuição de

– cujo conteúdo se associa
nômico, não somente na sua
– aglutinam-se importantes
dadas pela dogmática do Di-

ática jurídico-penal y de política
_____. *Anuario de derecho penal y*
Sánchez. 1988. t. 41, fasc. 2, p.

reende o conjunto de normas que
estado na ordem econômica. Por
consiste no conjunto de normas
icação, circulação e consumo de
ann, todo o *acontecer econômico*
à política criminal. Direito penal
ações no *direito penal econômico*.
gnáticas. Brasília: ESMPU, 2011.
eito amplo de Direito Penal Eco-
nômico por conta do *incremento da*
o critério tan criminológico como
ediante una *empresa econômica o*
me’, ‘Derecho penal de la empre-

reito Penal clássico ou nuclear.³ Dentre tais questões, sobreleva a concernente ao estabelecimento de critérios de responsabilidade criminal em um grupo de pessoas que “reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.⁴ Mais diretamente: o estabelecimento de imputação de autoria e participação quando a sociedade empresarial, nas diversas formas admitidas pelo Direito, lesiona ou ameaça bens jurídicos individuais de terceiros ou da coletividade (seguridade social, ordem tributária, ordem econômica, ordem financeira, meio ambiente, direitos do consumidor, formação de cartel, fraude a licitações, corrupção de agentes públicos etc.).⁵

Nesse sentido, parece não existir dificuldades na identificação e culpabilidade daquele ou daqueles que, numa sociedade, realizam *atos imediatos* (executórios) de uma determinada infração penal, ante a visibilidade de se estar à frente da atividade de prestação de bens ou serviços. Entretanto, a questão fica mais complexa quando se observa que, não raro, há a concorrência ou mesmo a emanção de ordem para delinquir por parte de agentes que se encontram nas instâncias *intermediárias* e *superiores* de uma pessoa jurídica, notadamente quando se está diante das grandes e complexas corporações. Ademais, diversos delitos econômicos contêm, nas suas descrições típicas, condições ou qualidades especiais para o sujeito ativo, as quais não são geralmente partilhadas pelos executores diretos da infração.

Dessa forma, as teorias tradicionais que objetivam o estabelecimento de marcos normativos de autoria e participação na codelinquência revelar-se-iam insuficientes para serem aplicadas aos casos sob consideração. Por outro lado, há que se atentar para os perigos de uma inconveniente – e inconstitucional

sa’). (TIEDEMANN, Claus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2000. p. 3, destaques do original).

3. Sobre as distinções entre *Direito penal clássico* ou *nuclear* e *Direito penal econômico* ou *Novo direito penal*, vide: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Op. cit., p. 118.

4. Cf. art. 981 do CC/2002.

5. Além das dificuldades de imputação de responsabilidade penal, o *Direito Penal Econômico* desafia os estudiosos com questões relativas a bens jurídicos *supraindividuais* ou *coletivos* e correspondente utilização de delitos de perigo *abstrato*; técnicas especiais de tipificação (leis penais em branco e elementos *normativos do tipo*) e correspondente erro de tipo ou de proibição; *responsabilidade penal da pessoa jurídica*; *sanção adequada ao delinquente econômico* etc. (Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Op. cit., p. 119. No mesmo sentido: TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte General y especial*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. *passim*).

– atribuição de responsabilidade penal objetiva em desfavor de todos os integrantes do ente moral. Sendo assim, tanto a lei penal, como a doutrina e a jurisprudência, têm buscado parâmetros legítimos para solucionar o presente dilema; parâmetros adequados, pois, com o direito penal do fato e com o princípio da culpabilidade individual.

Nesse contexto, tem-se refletido, de maneira cada vez mais intensa, sobre a utilização da chamada *teoria do domínio do fato*, com as suas subdivisões teóricas – *domínio da ação*, *domínio funcional do fato* e *domínio da organização* –, para a correta imputação de autoria ou coautoria e participação na criminalidade empresarial.

Objetiva-se, nas linhas que se seguem, discorrer sobre essa temática. Antes, porém, reputa-se relevante apresentar outros modelos teóricos que também poderiam ser utilizados para tal desiderato. Merece ser exposta, ainda, a praxe dos tribunais acerca da criminalidade de empresa, até porque foi justamente uma decisão paradigmática do Superior Tribunal Federal Alemão (BGH) que, em 1994, admitiu a utilização, no Direito Penal Econômico, da teoria do domínio da organização, responsabilizando-se, como *autor mediato*, quem se encontra na cúpula de uma organização empresarial formalmente estabelecida, mesmo quando o *autor imediato* é pessoa plenamente responsável.⁶

Agregue-se, ainda, ser oportuna uma análise a respeito da utilização da teoria do domínio do fato no âmbito do STF, por ocasião do julgamento da APn 470 (Caso Mensalão), uma vez que este processo, movido pelo Ministério Público Federal contra integrantes dos órgãos de direção de partidos políticos, agências de publicidade e instituições financeiras, dentre outros réus, mobilizou – tal como aquele julgamento alemão – a atenção de toda a Sociedade, trazendo, pela força do seu precedente, sensíveis repercussões ao nosso Direito Penal.

Cumpra esclarecer, contudo, que o presente texto não tem qualquer pretensão de originalidade, até porque a matéria ora sob consideração tem sido objeto de uma quase inabarcável literatura científica, tanto aqui como no estrangeiro.⁷

6. Sobre este caso paradigmático, vide o item 4.1, infra.

7. *Verbi gratia*: DE GRANDIS, Rodrigo. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico... cit.*; DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicação da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico... cit.*; DUTRA, Bruna Martins Amorim. *A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da*

em desfavor de todos os in-
i penal, como a doutrina e a
os para solucionar o presente
o penal do fato e com o prin-

ada vez mais intensa, sobre a
om as suas subdivisões teóri-
domínio da organização –, para
participação na criminalidade

er sobre essa temática. Antes,
odelos teóricos que também
ce ser exposta, ainda, a praxe
sa, até porque foi justamen-
tional Federal Alemão (BGH)
enal Econômico, da teoria do
como *autor mediato*, quem se
ial formalmente estabelecida,
ente responsável.⁶

o respeito da utilização da te-
casiação do julgamento da APn
movido pelo Ministério Pú-
lirreção de partidos políticos,
s, dentre outros réus, mobi-
atenção de toda a Sociedade,
repercussões ao nosso Direito

texto não tem qualquer pre-
a sob consideração tem sido
ntífica, tanto aqui como no

le penal dos dirigentes nos delitos
) *Inovações no direito penal econô-*
ão da teoria do domínio da organi-
ira. In: SOUZA, Artur de Brito Guei-
DUTRA, Bruna Martins Amorim. *A*
das de poder: teoria do domínio da

2. MODELOS TEÓRICOS DIVERSOS DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Conforme adiantado, a partir de época relativamente recente, a teoria do domínio do fato – já largamente utilizada no Direito Penal nuclear para o estabelecimento de critérios de autoria e participação no concurso de pessoas –, passou a ser estendida para solucionar a atribuição de graus de responsabilidade na criminalidade empresarial.

No entanto, é certo que existem outras construções teóricas que podem, em tese, servir para o mesmo propósito. Na sequência, serão expostas algumas dessas teorias.

2.1 Teorias tradicionais acerca da autoria e da participação

Partindo-se da concepção *dualista* – ou, no caso do direito brasileiro, da *teoria unitária temperada* –, tem-se que nem todos os que concorrem para a

organização. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, 2012; YACOBUCCI, Guillermo J. Modelos de atribución de responsabilidad pena en la empresa. In: YACOBUCCI, Guillermo J.; LAPORTA; Mario Hernán; RAMÍREZ, Nicolás D. (dirs.). *Derecho penal empresarial*. Montevideo: B de F, 2010; GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación objetiva en el derecho penal económico. In: ALFANO, Luis Miguel Reyna (coord.). *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: ARA, 2005; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva. In: ALFANO, Luis Miguel Reyna (coord.). *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. LIMA: ARA, 2005; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *RBCCrim* 68; LONGOBARDI, Mariano. Autoría y dominio del hecho en los delitos socioeconómicos. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. fasc. 10. Buenos Aires, 2005; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*. n. 9. Sevilla: La Ley, 1997; SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa et alii (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010. vol. II; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Estructuras de imputación de responsabilidad en delitos contra el medio ambiente. In: ALFANO, Luis Miguel Reyna (coord.). *Derecho penal y modernidad*. Lima: Ara, 2010; ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marín de. *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; TIEDEMANN, Klau. La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo. In: _____. *Temas de derecho penal económico y ambiental*. Lima: Idemsa, 1999; SCHÜNEMANN, Bernd. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. In: _____. *Obras*. Santa Fe: Rubinzal: 2009. t. II.

mesma infração penal possuem o mesmo grau de reprovação, dando azo ao surgimento de teorias que objetivam discernir as categorias da autoria e da participação.⁸ Sendo assim, no escopo de distinguir autor e partícipe, estabeleceram-se, dentre outras, as *teorias formal-objetiva, material-objetiva e material-subjetiva*.⁹

Segundo a primeira delas – *teoria formal-objetiva* –, seria autor “aquele que realizasse a ação executiva, a ‘ação principal’ do delito, a ação (depois de Beling) típica. Segundo este critério, é autor aquele que realiza, com a própria conduta, o modelo legal do crime (...). Nessa ordem de ideias, partícipe seria aquele que ‘não executa o tipo legal, mas (cuja conduta) constitui tão-só uma ação prévia ou preparatória’”.¹⁰ Como se observa, cuida-se de um *conceito restritivo*

8. A propósito, lecionam Jescheck e Weigend, que os problemas do concurso de pessoas pressupõem, basicamente, duas possibilidades distintas de solução: ou bem se adota um conceito monista (ou unitário) de autor ou procede-se a diferenciação entre as formas de colaboração, segundo a importância da contribuição ao fato. Sendo assim, pelo conceito unitário, são autores todos que intervêm causalmente para a realização do tipo, sem atentar para o grau da conduta de cada qual para o acontecer global. Em razão de inúmeros inconvenientes, Jescheck e Weigend informam que a doutrina penal alemã rechaça o conceito unitário de autor, reconhecendo a distinção entre formas de colaboração. Sendo assim, diferencia-se a autoria da participação, consoante determinados critérios dogmáticos (Cf. JESCHECK, H. H.; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 5. ed. Trad. Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 694-695). No Brasil, a maioria da doutrina propende para o reconhecimento da chamada *teoria monista temperada*, tendo em vista a redação do art. 29, *caput*, do CP. *Verbis*: “Pode-se, dessa forma, concluir que, na atualidade, o Direito Penal brasileiro acolhe a teoria monística temperada ou teoria eclética. Nesse sentido, a 1.ª parte da cabeça do art. 29 do CP, espelha a teoria monística, mas sua parte final, bem como seus §§ 1.º e 2.º, além das hipóteses agravantes do art. 62, reconhecem a teoria dualista no tocante à dosagem da pena de cada concorrente” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Curso de direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 289). Detalhadamente sobre o assunto: BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. *passim*.

9. A *teoria final-objetiva*, também contemplada pela doutrina do Direito Penal, será apreciada mais adiante, por estar associada à *teoria do domínio do fato*.

10. BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 60. Para Jescheck e Weigend, apesar de suas limitações, “[h]ay que aceptar el concepto restrictivo de autor como punto de partida, puesto que descansa sobre la descripción de la acción por el tipo legal y, con ello, conecta con el punto de vista que el propio legislador ha dado a conocer, esto es, comprender bajo el concepto de autoría la conducta contenida en los tipos delictivos concretos. (...) Pero a partir de ahí esta teoría no puede sostenerse. Ciertamente, es indiscutible que

reprovação, dando azo ao categorias da autoria e da autor e partícipe, estabele- material-objetiva e material-

–, seria autor “aquele que o, a ação (depois de Beling) za, com a própria conduta, rias, partícipe seria aquele constitui tão-só uma ação se de um conceito restritivo

plemas do concurso de pessoas is de solução: ou bem se adota de-se a diferenciação entre as rибuição ao fato. Sendo assim, causalmente para a realização qual para o acontecer global. gend informam que a doutrina hecendo a distinção entre for- ria da participação, consoante I.; WEIGEND, Thomas. *Tratado ardenete*. Granada: Comares, pende para o reconhecimento r redação do art. 29, *caput*, do alidade, o Direito Penal bra- eclética. Nesse sentido, a 1.ª tica, mas sua parte final, bem o art. 62, reconhecem a teoria rente” (SOUZA, Artur de Brito al. *Parte geral*. Rio de Janeiro: to: BATISTA, Nilo. *Concurso de a e da participação no direito 5. passim*.

trina do Direito Penal, será omínio do fato.

l, apesar de suas limitações, punto de partida, puesto que gal y, con ello, conecta con el ter, esto es, comprender bajo pos delictivos concretos. (...) rtamente, es indiscutible que

de autor, ou seja, somente é autor aquele que realiza a conduta definida na norma incriminadora: “É quem realiza o verbo do tipo. O partícipe, por sua vez, concorre de alguma forma para o delito, mas sem realizar a conduta típica; é quem realiza uma ação exterior ao tipo”.¹¹

Por sua vez, por intermédio da *teoria material-objetiva*, “a distinção entre autoria e participação deveria ser pesquisada sob o prisma da diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas. (...) Seu ponto de partida reside na possibilidade de perceber-se diferença de valor causal entre a atuação do autor e do partícipe”.¹² Ao contrário da anterior, cuida-se, no caso, de um *conceito extensivo de autor*, visto que, concretamente, a maior ou menor relevância causal da contribuição do concorrente perde toda a consistência, aproximando-se de um modelo *unitário de autoria*, diante da equivalência valorativa de todas as condições do resultado, servindo, quando muito, para a questão da dosimetria da pena.¹³

A seu turno, a *teoria subjetivo-material* – que teria surgido para mitigar essa excessiva extensão do conceito causalista de autor – propugna que a distinção entre autor e partícipe deveria repousar no plano subjetivo, ou seja, na constatação fática de que o primeiro atua com vontade de autor (*animus auctoris*) e deseja a ação como obra própria, ao passo que o segundo atua com vontade de partícipe (*animus socii*), desejando a ação como obra alheia.¹⁴ Cuidar-se-ia de uma fórmula de “intenção”, baseada na motivação dos intervenientes do fato delituoso, amplamente acolhida pela antiga jurisprudência dos tribunais ale-

posee la ventaja de la claridad, pero esta ventaja se paga demasiado cara con un formalismo basado en una rígida vinculación con el tenor literal de la Ley. Una objeción decisiva en contra de esta teoría es que no permite en absoluto abarcar a la autoría mediata y, en relación con la coautoría, sólo a aquellos coautores que por lo menos han realizado parcialmente el tipo” (JESCHECK, H. H.; WEIGEND, Thomas, op. cit., p. 698, destaques do original).

11. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Curso... cit.*, p. 292.
12. BATISTA, Nilo, op. cit., p. 65-66.
13. Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Curso... cit.*, p. 291. Para Jescheck e Weigend, segundo este conceito, “[a]utor es aquel que há cocausado el resultado típico, sin necesidad de que su aportación al hecho deba consistir en una acción típica. Según ello también el inductor y el cómplice serían por sí mismos autores pero la incorporación, en el marco del concepto de autor, deven ser tratadas de un modo diverso al de la autoría misma. Con ello, la inducción y la complicidad aparecen como *causas de restricción de la pena*” (JESCHECK, H. H.; WEIGEND, Thomas, op. cit., p. 699, destaque do original).
14. BATISTA, Nilo, op. cit., p. 67.

mães. Dessa forma, na aplicação prática do Direito Penal, “la distinción entre la autoría y la participación pasa a ser una cuestión de la determinación de la pena ampliamente alejada del tipo”.¹⁵

Efetivamente, transpostas para a criminalidade de empresa, nenhuma das teorias ora apreciadas parecem ofertar uma solução político-criminal satisfatória para a problemática de atribuição de responsabilidade a título de autor ou partícipe, particularmente em razão do caráter acessório desta última figura.

De fato, a teoria formal-objetiva permite punir, a título de *autor*, o executor imediato, isto é, o integrante da pessoa jurídica situado no estrato inferior da organização, uma vez que é ele quem realiza pessoalmente o comportamento delituoso. Todavia, os membros dos escalões intermediários e superiores da empresa, quando muito, responderiam a título de *partícipe*, por induzimento ou instigação. A isso se agrega a circunstância, já mencionada, de que muitos dos crimes econômicos exigem uma condição especial do autor (controlador, administrador, diretor, gerente etc.), condição esta não ostentada pelo funcionário subalterno. A teoria material-objetiva, privilegiando a punição de todos que intervêm na causalidade do fato, a princípio como *autores do delito*, igualmente se mostra inadequada, pois ignora que nas sociedades empresariais, especialmente nas grandes corporações, vigora o princípio da hierarquia de funções, acarretando um natural desnivelamento de poder entre os concorrentes. A teoria subjetiva, por sua vez, conquanto possa indiciar a imputação de *autoría* para quem se encontra à testa da empresa, olvida que, em geral, o executor imediato pode ser pessoa dotada de plena capacidade de discernimento e vontade, vigendo, pela ausência de coação, a intenção de realizar o fato como

15. JESCHECK, H. H.; WEIGEND, Thomas, op. cit., p. 699. Segundo esses doutrinadores, devem ser rechaçadas tanto a teoria material-objetiva como a teoria subjetiva da participação, porque ambas contradizem o princípio estrutural do Direito Penal vigente, que se compõe precipuamente por tipos descritos e delimitados objetivamente. Com a extensão da punibilidade a qualquer contribuição ao fato, diluem-se, na prática, as disposições legais, particularmente nos casos de crimes de mão própria e de autoría mediata. Ademais, a fórmula da “intenção” ou “afetação” não fornece uma distinção entre autoría e participação racionalmente verificável, delegando sua delimitação tão somente à discricionariedade do julgador (idem; p. 700). Por sua vez, Bernd Schönemann considera “monstruosa” a teoria subjetivo-material, sendo a “artificial” distinção entre *animus auctoris* e *animus socii* como um dos “tristes exemplos” da época da prevalência do naturalismo penal, sendo o qual, diante da equiparação objetivo-causal, construíram-se critérios subjetivos que não existiam na realidade empírica (SCHÖNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo. Trad. Mariana Sacher. In: _____. Obras. Santa Fe: Rubinzal, 2009. t. I., p. 201).

to Penal, “la distinción entre
 ón de la determinación de la
 le de empresa, nenhuma das
 io político-criminal satisfató-
 bilidade a título de autor ou
 essório desta última figura.

a título de *autor*, o executor
 tuado no estrato inferior da
 soalmente o comportamento
 intermediários e superiores da
 e *partícipe*, por induzimento
 mencionada, de que muitos
 pecial do autor (controlador,
 a não ostentada pelo funcio-
 legiando a punição de todos
 como *autores do delito*, igual-
 nas sociedades empresariais,
 o princípio da hierarquia de
 de poder entre os concorren-
 possa indiciar a imputação de
 olvida que, em geral, o exe-
 pacidade de discernimento e
 nção de realizar o fato como

undo esses doutrinadores, devem
 a teoria subjetiva da participação,
 do Direito Penal vigente, que se
 imitados objetivamente. Com a
 o fato, diluem-se, na prática, as
 mes de mão própria e de autoria
 ação” não fornece uma distinção
 nível, delegando sua delimitação
 m, p. 700). Por sua vez, Bernd
 tivo-material, sendo a “artificial”
 dos “tristes exemplos” da época
 diante da equiparação objetivo-
 existiam na realidade empírica
 y normativismo. Trad. Mariana
 L. I., p. 201).

obra sua, mormente diante da existência da influência criminológica de uma
 “atitude criminal de grupo”, como bem observado por Bernd Schünemann.¹⁶
 Por fim, não se pode esquecer a circunstância empírica da dificuldade de prova
 do elemento anímico “grau de afetação” quando se está diante do “biombo” da
 pessoa jurídica.¹⁷

16. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas...* cit., p. 530. Na seara criminológica, além dos aportes feitos por Claus Roxin e expostos adiante (cf. nota de rodapé n. 58, infra), podem, ainda, ser lembradas as *leis da imitação* de Gabriel Tarde, em particular as “leis” decorrentes dos fatores *proximidade* (os indivíduos imitam os outros na relação diretamente proporcional à intensidade dos contatos e na razão inversa da distância) e *hierarquia* (a imitação é feita de baixo para cima) (Cf. TARDE, Gabriel. *Les lois de l'imitation*. Paris: Félix Alcan, 1890. p. 158). Do mesmo modo, cite-se a *teoria da associação diferencial*, de Edwin H. Sutherland, segundo a qual o comportamento criminoso, como qualquer outro, é consequência de um processo que se desenvolve no meio de um grupo social – v.g., uma empresa –, ou seja, é algo que se produz por intermédio da interação com indivíduos que, no caso, violam determinadas normas. Sendo assim, para Sutherland, a “causa geral para o delito, em todo o agrupamento social, seria a aprendizagem” (Cf. SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology*. 11. ed. New York: General Hall, 1992. p. 87).
17. Diante das dificuldades de prova da autoria dos crimes cometidos por intermédio da pessoa jurídica, a jurisprudência admite a chamada *denúncia genérica*. Todavia, consoante os acórdãos mais recentes, deve existir um liame mínimo entre as funções desempenhadas pelos denunciados e a natureza da infração. *Verbis*: “1. *Habeas corpus*. Crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137, de 1990). Crime societário. 2. Alegação de denúncia genérica e que estaria respaldada exclusivamente em processo administrativo. Ausência de justa causa para ação penal. Pedido de trancamento. 3. Dispensabilidade do inquérito policial para instauração de ação penal (art. 46, § 1.º, do CPP). 4. *Mudança de orientação jurisprudencial, que, no caso de crimes societários, entendia ser apta a denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos*. Precedentes: HC 86.294/SP, 2.ª T., por maioria, de minha relatoria, DJ 03.02.2006; HC 85.579/MA, 2.ª T., unânime, de minha relatoria, DJ 24.05.2005; HC 80.812/PA, 2.ª T., por maioria, de minha relatoria p/ o acórdão, DJ 05.03.2004; HC 73.903/CE, 2.ª T., unânime, rel. Min. Francisco Rezek, DJ 25.04.1997; e HC 74.791/RJ, 1.ª T., unânime, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 09.05.1997. 5. *Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados*. 6. Observância dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV), da ampla defesa, contraditório (CF, art. 5.º, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III). Precedentes: HC 73.590/SP, 1.ª T., unânime, rel. Min. Celso de Mello, DJ 13.12.1996; e HC 70.763/DF, 1.ª T., unânime, rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.09.1994. 7. *No caso concreto, a denúncia é inepta porque não pormenorizou, de modo adequado e suficiente, a conduta dos pacientes*. 8. *Habeas corpus* deferido” (STF, HC 85.327, 2.ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ 20.10.2006) (grifou-se). No mesmo

Sendo assim, e no escopo de superar aquilo que foi denominado por muitos, no âmbito da criminalidade de empresa, de uma espécie de “irresponsabilidade organizada”,¹⁸ outras construções se apresentam para a presente temática.

2.2 Teoria da instigação-autoria

Trata-se de teoria desenvolvida por Jorge de Figueiredo Dias, lastreado no art. 26 do Código Penal português.¹⁹ Segundo aquele doutrinador, deve ser considerado *autor* quem, dolosamente, inculca no executor direto, de “modo determinante”, a decisão de cometer o ilícito.²⁰

Dessa maneira, aquele que, em tese, seria um “instigador” constituir-se-ia, na verdade, no “senhor”, no “dono” ou no “dominador”, senão do ilícito típico como tal, ao menos e seguramente da “decisão do instigado de o cometer”, determinação esta que – segundo Figueiredo Dias –, integra antecipadamente “a totalidade dos elementos constitutivos do ilícito típico e, por isso também, do conteúdo material de ilícito”. Sendo assim, conquanto constitua-se “obra pessoal do homem da frente”, o fato delituoso configura-se, igualmente, como “obra do instigador e dá ao seu contributo para o facto o carácter de co-realização de um ilícito e não de mera ‘participação’ (externa ou ‘estrangeira’) no ilícito de outrem”.²¹

Segundo Susana Aires de Sousa, a figura do *instigador-autor* pode ser transposta para a criminalidade de empresa, suprindo-se, dessa forma, o *déficit* de punição normalmente verificado nos quadros de dirigentes que tomam decisões concretas de cometimento de crimes e as comunicam ao respectivo departamento incumbido de efetivá-las. Desse modo, “julgamos que a figura da

sentido: STF, HC 88.600, 1.ª T., Min. Ricardo Lewandowski, DJ 09.03.2006; STJ, HC 53.305, Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 24.05.2007.

18. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*. n. 9. p. 74. Barcelona, 2002.

19. Cf. *verbis*: “É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda que, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução” (art. 26 do CP de Portugal).

20. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. vol. 1, p. 797.

21. *Idem*, p. 800.

foi denominado por muitos, espécie de “irresponsabilidade para a presente temática.

Figueiredo Dias, lastreado no velho doutrinador, deve ser executor direto, de “modo

instigador” constituir-se-ia, autor”, senão do ilícito típico instigado de o cometer”, –, integra antecipadamente típico e, por isso também, enquanto constitua-se “obra figura-se, igualmente, como facto o carácter de co-realizadora ou ‘estrangeira’) no

instigador-autor pode ser transmissível, dessa forma, o déficit de responsabilidades que tomam decisões comunicam ao respectivo delincente “julgamos que a figura da

Andowski, DJ 09.03.2006; STJ, 4.05.2007.

y participación en el derecho a las personas que sin realizar en el ámbito de la delincuencia Barcelona, 2002.

to, por si mesmo ou por intermédio, por acordo ou juntamente com outra pessoa à prática do crime” (art. 26 do CP de Portugal). 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed.,

instigação-autoria pode desempenhar um papel importante e adequado no âmbito da criminalidade empresarial, designadamente naqueles casos em que o dirigente determina o seu subordinado a uma prática criminosa. Ou seja, esta figura deve ser chamada a participar na resolução de problemas de participação dos dirigentes, essencialmente a um nível vertical, no contexto das relações hierárquicas próprias da estrutura empresarial”.²²

Contudo, como bem observado por Bruna Dutra, embora Figueiredo Dias assevere que a condição de *autor* surja em virtude do “domínio da decisão por parte do dirigente da estrutura organizativa”, verifica-se que, na verdade, aquele doutrinador extrai a equiparação da instigação à autoria da redação do art. 26 do Código Penal português. Portanto, “o desenvolvimento desse modelo não se origina, a rigor, da constatação de um real domínio do fato pelo superior hierárquico, mas principalmente de uma determinação legal no sentido de que também será autor aquele que cria, de forma cabal, a decisão no executor material”.²³

2.3 Teoria da coautoria delitiva

Diante das insuficiências teóricas para a atribuição de responsabilidade a título de autor aos diretores ou membros de conselhos de administração de empresas, quando determinam aos seus subordinados o cometimento de delitos, Francisco Muñoz Conde propõe uma “mudança de paradigma”.²⁴

Desse modo, sem retroceder a um conceito “unitário de autor” – que importaria fazer “tábula rasa” dos diferentes graus de responsabilidade ou relegar a questão ao plano da dosimetria da pena dos participantes da infração penal –, afirma-se que a dogmática jurídico-penal deve se esforçar para fundamentar a inclusão, na condição de *autor*, das pessoas que, sem realizar ações executivas, decidem ou controlam a realização do delito, tanto na esfera da delinquência organizada, como na empresarial, sejam por fatos relacionados com a “responsabilidade pelo produto”, por “danos ambientais” ou por infrações “estritamente econômicas”, evitando-se, portanto, as lamentáveis “lacunas de impunidade”, tão frequentes no “mundo empresarial”.²⁵

22. SOUSA, Susana Aires de, op. cit., p. 1020 (grifos do original).

23. Cf. DUTRA, Bruna Martins Amorim, op. cit., p. 90-91.

24. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 75.

25. Idem, p. 76-77. O autor cita como exemplos de criminalidade onde ocorreriam as citadas lacunas: sonegação fiscal, diversas fraudes (financeiras, de subvenções, de

Partindo de aportes jurisprudenciais em casos dessa natureza, Muñoz Conde rejeita todas as construções teóricas desenvolvidas para o tema – inclusive as que foram feitas por Roxin, *infra* –, considerando ser absolutamente possível existir, nos crimes empresariais, a hipótese da *coautoria entre os integrantes da cúpula e os executores materiais da ação*, mesmo quando estes são pessoas plenamente responsáveis. Em suma, “en el marco de un aparato de poder no estatal y no al margen del Derecho, como son sobre todo las empresas, y en relación con los delitos económicos que en ellas se realizan como consecuencia de decisiones tomadas en los Consejos de Administración o por los directivos de las mismas, no puede admitirse un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder organizado, y, por tanto, tampoco, la autoría mediata basada en este dato. En su lugar viene, pues, en consideración una (co)autoría mediata, cuando las decisiones son llevadas a cabo por un ejecutor o instrumento irresponsable; o un supuesto normal de coautoría, cuando el ejecutor es responsable, y no es un mero instrumento. De este modo podemos imputar a título de (co)autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, pero controlando y dominando grupos de personas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial”.²⁶

A tese de uma “coautoria normal” entre dirigentes e executores de delitos no âmbito de uma estrutura empresarial também estaria sendo partilhada por Günther Jakobs. Nesse sentido, segundo lecionado por Bruna Dutra, “Jakobs assevera não existir um domínio superior do fato por parte do homem de trás na hipótese paradigma, vez que este, juridicamente, se encontraria no mesmo nível do executor em razão de ambos atuarem com total liberdade. Assim, não vislumbrando uma estrutura vertical sob a ótica jurídica, mas tão-somente uma relação fática de subordinação entre o dirigente da organização e o executor imediato, Jakobs entende que eles deveriam ser responsabilizados como coautores”.²⁷

insolvências etc.), abuso de informações privilegiadas, lavagem de dinheiro e corrupções políticas e administrativas (idem, p. 79-80).

26. Idem, p. 83. Jescheck e Weigend parecem partilhar de solução semelhante, *verbis*: “[A] través de una ‘división de roles’ que resulte más adecuada a la finalidad perseguida puede derivarse para la coautoría que una aportación al delito que formalmente no entra dentro del marco de la acción típica es suficiente para su castigo como forma de autoría. Tan sólo debe tratarse de una parte *necesaria* de la ejecución del plan delictivo conjunto en el marco de una ‘division del trabajo’ llevada a cabo racionalmente” (JESCHECK, H. H.; WEIGEND, Thomas, op. cit., p. 703, destaque do original).

27. DUTRA, Bruna Martins Amorim, op. cit., p. 72.

essa natureza, Muñoz Con-
las para o tema – inclusive
o ser absolutamente possí-
pautoria entre os integrantes
quando estes são pessoas
de um aparato de poder no
todo las empresas, y en re-
realizan como consecuencia
tración o por los directivos
e la voluntad en virtud del
la autoría mediata basada
ración una (co)autoría me-
r un ejecutor o instrumen-
oría, cuando el ejecutor es
e modo podemos imputar a
ar acciones ejecutivas, pero
ociden la realización de un
empresarial”.²⁶

ntes e executores de delitos
estaria sendo partilhada por
o por Bruna Dutra, “Jakobs
por parte do homem de trás
e, se encontraria no mesmo
om total liberdade. Assim,
a jurídica, mas tão-somente
nte da organização e o exe-
ser responsabilizados como

s, lavagem de dinheiro e corrup-
r de solução semelhante, *verbis*:
adecuada a la finalidad persegui-
ón al delito que formalmente no
e para su castigo como forma de
de la ejecución del plan delicto
o llevada a cabo racionalmente”
destaque do original).

Contudo, o distanciamento *espaço-temporal* entre os que se encontram nas extremidades opostas no interior de uma organização empresarial parece conspirar contra a adoção dessa modalidade prático-teórica, muito embora a limitação de linhas do presente trabalho não permita um maior aprofundamento reflexivo acerca de tal proposição doutrinária.

3. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A teoria do domínio do fato – também conhecido como *teoria objetivo-final* – é uma corrente doutrinária desenvolvida essencialmente por Claus Roxin, constituindo-se, atualmente, no principal critério adotado para a delimitação da autoria e da participação na criminalidade em geral.²⁸ De acordo com o princípio do domínio do fato, autor é quem está no “centro do acontecimento”; é aquele que, “senhor do fato”, toma as “rédeas” do crime em suas mãos, dirigindo-o de tal modo que dele depende decisivamente o “se” e o “como” da sua realização. Ou, em outros termos, autor é “aquele que controla o atuar criminoso”.²⁹

Cumprir não olvidar que, apesar de corrigir alguns dos defeitos acima apontados, a teoria do domínio do fato não infirmou por completo a tradicional teoria formal-objetiva, à exceção da problemática da autoria mediata. Isso porque,

28. Não há consenso sobre a origem da teoria do domínio do fato. Para Jescheck e Weigend, ela teria sido fundada por Lobe, em 1933 (JESCHECK, H. H.; WEIGEND, Thomas, op. cit., p. 701). Outros consideram que a *teoria do domínio final do fato* de Hans Welzel (1939) seria a antecedente direta da construção de Roxin (idem, p. 701). Segundo Nilo Batista, foi, de fato, Welzel o elaborador da teoria, tendo sido, mais tarde, acolhida por Gallas e Maurach, até ser endossada e aprimorada por Roxin, Wessels, Stratenwerth e Jescheck (Cf. BATISTA, Nilo, op. cit., p. 70). De todo modo, todos consideram que foi Claus Roxin quem aprofundou os contornos do domínio do fato, dando-lhe a feição moderna, na obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, inicialmente publicada em 1963 e sucessivamente reeditada e ampliada. Vertida para a língua espanhola por Coello Contreras e Gonzáles de Murillo, a partir da 7.^a edição alemã, com o título *Autoria y dominio do fato en derecho penal*, a teoria ganhou ampla aceitação na Espanha, Portugal, América Latina em geral, incluindo o Brasil. Anote-se, por curiosidade, que, para Xavier Pin, a ideia de domínio (*domaine*) como princípio reitor de responsabilidade dos dirigentes de uma empresa, já era aplicada pela Corte de Cassação da França, mesmo na ausência de expressa previsão legal, desde o final do século XIX (Cf. PIN, Xavier. *Droit pénal général*. 2. éd. Paris: Dalloz, 2007. p. 246-247).

29. Cf. ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Trad. Coello Contreras; Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 368.

o agente imputável, livre e consciente, que realiza pessoalmente as elementares do tipo, detém, naturalmente, o controle do fato;³⁰ cuidar-se-ia do chamado *domínio da ação*.³¹

Em sentido inverso, o concorrente que não realiza o verbo do tipo, tampouco controlando o desenrolar do processo delitivo – tendo, assim, um comportamento secundário –, deve ser considerado como mero *partícipe*. Na esteira das lições de Juarez Cirino dos Santos, esse conjunto de ideias poderia ser assim sintetizado: “O autor domina a realização do fato típico, controlando a continuidade ou a paralisação da ação típica; o partícipe não domina a realização do fato típico, não tem controle sobre a continuidade ou paralisação da ação típica”.³²

Consoante adiantado, a teoria do domínio do fato teria surgido dos estudos de Welzel no âmbito da teoria finalista da ação, mais especificamente para possibilitar a punição adequada ao *autor mediato*, ou seja, daquele que se vale de interposta pessoa para a perpetração do delito. Funcionaria, portanto, o “homem da frente”, como espécie de *instrumento* do real autor, isto é, do “homem de trás”.³³ Subsequentemente, ela foi ampliada por Claus Roxin, passando a

30. Cf. Lecionado por Jescheck e Weigend: “[L]a realización de propia mano y plenamente responsable de todos los elementos del tipo fundamenta siempre a autoría. (...) Sin embargo, el concepto de autor no se limita, tal y como sostiene la teoría objetivo-formal, a la realización de la acción típica en su riguroso sentido literal. (...) El tipo, bajo ciertos presupuestos, también puede ser cumplido por quienes en realidad no llevan a cabo una acción típica en sentido formal pero que, a pesar de ello, poseen el dominio del hecho o intervienen en el mismo” (JESCHECK, H. H.; WEIGEND, Thomas, op. cit., p. 702).

31. Cf. *verbis*: “O domínio sobre a realização do tipo pode manifestar-se, primeiramente, como um *domínio sobre a própria ação* (*Handlungsherrschaft*), que é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo, isto é, do *autor imediato*” (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. RT 933/63. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013, destaques do original).

32. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 352.

33. Autor mediato é aquele que pratica o crime por intermédio de alguém que não detém capacidade para responder pelo delito (terceiro impune). É aquele se vale de um instrumento. A rigor, não existe, na autoria mediata o concurso de pessoas, mas, apenas, a figura do autor, que se vale de outrem sem responsabilidade penal. Os casos mais conhecidos de autoria mediata são: (1.º) utilização de inimputáveis (vale dizer, menores de 18 anos ou pessoas com patologia mental); (2.º) induzimento ao erro essencial invencível, podendo-se tratar de erro de tipo ou erro de proibição, e

fundamentar não só a punição do autor mediato, mas, também, em outras situações, inclusive naquelas em que o executor imediato opera de forma plenamente responsável, como ocorre na figura do domínio da organização, abaixo analisado.³⁴

No Brasil, essa teoria foi aceita pela doutrina³⁵ e pela jurisprudência,³⁶ harmonizando-se – ao que parece – com nossas leis penais.³⁷ Nesse sentido, a Reforma Penal de 1984, ao adotar a *teoria finalista da ação* para a solução de uma série de

(3.º) coação física ou moral irresistível. Ressalte-se que a autoria mediata também é possível nos chamados crimes próprios, desde que o agente reúna as características especiais do tipo. Entretanto, não caberia autoria mediata em situações classificáveis como delito de mão própria, ou seja, aqueles em que o tipo pressupõe que o sujeito ativo o pratique pessoalmente. Desse modo, não será possível a perpetração de falso testemunho (art. 342 do CP), por intermédio do depoimento de uma criança de 10 anos de idade (Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Curso...* cit., p. 293 e p. 296).

34. ROXIN, Claus, op. cit., p. 81 e ss.

35. *Verbi gratia*: JESUS, Damásio E. de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001; PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, vol. 1; FRANCO, Alberto Silva et alii. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. vol. 1; REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 1; SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit.; BATISTA, Nilo, op. cit.

36. Cf. “Agente que não atuou na execução material dos delitos. Possibilidade de ser considerado *coautor* se, na empreitada criminosa concertada por prévio acordo de vontades, lhe foi incumbida atividade complementar para a obtenção da *meta optata*, cabendo-lhe parte do ‘domínio funcional do fato’. Divisão do trabalho que importa na responsabilidade pelo todo, independentemente de não ter o agente atuado na execução material dos crimes em sua totalidade, mas todos conducentes à realização do propósito” (TJSP, APn 179.126, 3.ª Câm., rel. Segurado Braz. *Boletim IBCCrim* 29/99. 1995).

37. Cf. art. 25 da Lei 7.492/1986; art. 11, *caput*, da Lei 8.137/1990; art. 75 da Lei 8.078/1990; e art. 2.º da Lei 9.605/1998. A propósito, merece ser referida a Lei 12.850/2013 (*Lei da Organização Criminosa*), especialmente o disposto no art. 2.º e seu § 1.º, *verbis*:

“Art. 2.º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

(...)

§ 3.º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.”

questões da teoria do crime (v.g., o tratamento do erro jurídico-penal), abrandou, no art. 29, *caput*, a teoria extensiva e unitária do concurso de pessoas, teoria que vigia na redação originária do Código de 1940 (antigo art. 25), coadunando-se, portanto, com os aportes teóricos de Roxin e seus seguidores.³⁸

A acolhida dos aportes dogmáticos de Roxin propiciou o surgimento de importantes variantes teóricas. Para os objetivos do presente estudo – vale repetir, considerações teóricas e prático-jurisprudenciais da teoria do domínio do fato –, importa destacar as *teorias do domínio funcional do fato e do domínio da organização*.³⁹

3.1 Domínio funcional do fato

Como explanado, a teoria do domínio do fato teria surgido no finalismo para fundamentar a punição, a título de autor, daquele que se vale de interposta pessoa, como se fosse um instrumento, para praticar o ilícito. Entretanto, não se ignora que muitas vezes os concorrentes desempenham ações indispensáveis ao resultado final, de forma plenamente racional e responsável.⁴⁰

Para tais hipóteses, desenvolveu-se a *teoria do domínio funcional do fato*, preconizando-se a punição de todos os que atuam sob o selo da divisão racional de tarefas, a título de autor – ou melhor, *coautores*. Isto diferiria, de certa forma, da construção originária da teoria do domínio do fato onde, necessariamente, ter-se-ia a figura do *autor* (quem controla ou realiza o tipo penal) e *partícipe* (quem não controla nem realiza a conduta típica).⁴¹

38. Nessa esteira, Juarez Cirino dos Santos assinala que o direito brasileiro assume, em princípio, um conceito unitário de autor, mas a adoção legal de critérios de distinção entre autor e partícipe transforma, na prática judicial, o paradigma monístico em paradigma diferenciador, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, como a do domínio do fato, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal do Código Penal (Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 353).

39. *Contra* a utilização prática dessa teoria, *verbis*: “A ideia de domínio do fato não é uma definição de autor, mas um *critério reitor* que deve ser concretizado não pelo juiz no caso concreto, e sim pela doutrina diante de grupos de casos (...). No dia a dia forense, isto é, no momento de resolver se, em um caso concreto, A é autor ou mero partícipe, de nada serve afirmar ‘autor, porque tem o domínio do fato’ ou ‘partícipe, porque lhe falta o domínio do fato’” (GRECO, LUÍS; LEITE, Alaor, op. cit., p. 68 (grifos do original)).

40. Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A., op. cit., p. 293.

41. *Idem*, p. 294. No mesmo sentido:

“Se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização como um ato relevante de um delito, elas terão o *domínio funcional do fato* (*funktionale Tatherrschaft*), que fará de cada qual *coautor* do

Com efeito, por intermédio do domínio funcional do fato haverá, em casos tais, a *coautoria delitiva*. Além da divisão funcional das tarefas, a figura da coautoria pressuporia a existência de um liame subjetivo entre os agentes e o domínio conjunto do acontecer criminoso. A vinculação subjetiva pode ocorrer pelo ajuste prévio entre os concorrentes acerca da dinâmica do delito ou, ainda, pela simples consciência de atuar em conjunto.⁴²

No tocante ao elemento objetivo do domínio funcional do fato, observa Bruna Dutra que Claus Roxin considera que a contribuição de cada coautor não precisa, necessariamente, corresponder a um fragmento da conduta típica, conquanto deva ser essencial ao fato delituoso. Todavia, aquele doutrinador reputa indispensável que tal aporte se dê durante a *fase executiva*, senão restaria afastada a configuração do domínio conjunto.⁴³

Sendo assim, segundo as palavras de Roxin, “yo requiero para el coautor, si bien no la presencia en el lugar del hecho, sí al menos alguna cooperación en el momento del hecho (aun cuando sea por teléfono, por radio o a través de intermediarios) que puede consistir, p. ej., en impartir o transmitir órdenes o en cubrir”.⁴⁴

3.2 Domínio da organização

Trata-se de outra orientação decorrente da teoria do domínio do fato.⁴⁵ Enquanto a construção do domínio funcional do fato pressuporia a divisão racional do trabalho numa *vertente horizontal*, a teoria do domínio da organização – também chamada de domínio por aparato organizado de poder – pressuporia uma noção similar, mas sob a *perspectiva vertical*.⁴⁶

fato como um todo, ocorrendo aqui o que se chama de imputação recíproca” (GRECO, Luís; LEITE, Alaor, op. cit., p. 65).

42. Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A., op. cit., p. 294. Registre-se que a inexistência de vínculo anímico entre os sujeitos, embora elida a coautoria, poderá caracterizar a figura da *autoria colateral*. Nesse caso cada agente somente será responsável pelos atos criminosos por ele praticados individualmente, sob pena de afronta ao princípio da culpabilidade (idem, p. 294).

43. Cf. DUTRA, Bruna Martins Amorim, op. cit., p. 68.

44. ROXIN, Claus, op. cit., p. 735-736.

45. Em sentido contrário, Luís Greco e Alaor Leite entendem que domínio do fato não se confundiria com domínio da organização, pois este seria, na verdade, “uma entre várias outras concretizações da ideia reitora de que autor do delito é a figura central do acontecer típico” (Cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor, op. cit., p. 65).

46. Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A., op. cit., p. 294.

Cuida-se, portanto, de aporte doutrinário elaborado para fundamentar a punição, a título de *autor mediato*, daquele ou daqueles que se encontram no ápice ou nas instâncias intermediárias retransmissoras – *top-down* – de uma ordem para delinquir, em uma estrutura organizada de poder à margem do Estado de Direito. Em tais hipóteses, observa-se que quem se encontra na “ponta final” da cadeia de comando, realizando a conduta de maneira plenamente responsável, deve ser considerado *autor imediato*.⁴⁷

Segundo Claus Roxin, esta teoria – desenvolvida, em 1963, a partir do célebre julgamento de Aldof Eichmann, em Jerusalém/Israel – se apoia na tese de que, em uma organização delitativa, os homens de trás (*Hintermänner*), que ordenam delitos com poder autônomo, podem, sob certos requisitos, ser responsabilizados como *autores mediatos*, ainda quando os executores da decisão sejam, ao mesmo tempo, castigados como autores plenamente responsáveis. Para Roxin, em linguagem coloquial, aqueles homens de trás poderiam ser designados “delinquentes de escritório” (*Schreibtischtäter*).⁴⁸

Conquanto alvo de críticas,⁴⁹ esta construção jurídica ganhou adeptos nas décadas seguintes, tanto na doutrina alemã quanto na estrangeira, tendo sido admitida pela jurisprudência a partir da decisão do Superior Tribunal Federal (BGH) que, em acórdão da sua 5.^a Turma, condenou como autores mediatos os ex-dirigentes da antiga República Democrática da Alemanha (RDA), bem como em tribunais de outros países, tais como Argentina⁵⁰ e

47. Por exemplo, em organizações fascistas ou ditatoriais, bem assim em organizações criminosas de rígida cadeia de comando, como a *Cosa Nostra* ítalo-americana, pouco importa se a ordem emanada do *Ditador* ou do *Capo* seja cumprida pelo subalterno “A” ou “B”. Caso o executor imediato, plenamente responsável, se recuse a cumprir a “ordem”, outro fará em seu lugar. Diante disso, não seria correto atribuir aos integrantes da cúpula ou dos escalões intermediários de tal aparelho criminoso, a condição de mero instigador ou cúmplice.

48. Cf. ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Trad. Justa Gómez Navajas. *Revista de Estudios de la Justicia* 7/11. Facultad de Derecho, Universidad do Chile, 2006.

49. Cf. AMBOS, Kai. Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. Uma valoração crítica e ulteriores contribuições. Trad. Fernandes de Pontes. *RBCCrim* 37. São Paulo, 2002. *Passim*.

50. Cf. a condenação, na Câmara Nacional de Apelações de Buenos Aires, em 1985, como autores mediatos, dos comandantes das forças militares que, na sangrenta ditadura portenha, ordenaram a prática dos crimes de sequestro, desaparecimento de pessoas, torturas e homicídios, através do aparelho de poder, contra milhares de pessoas.

Peru,⁵¹ além de cortes supranacionais, como o próprio Tribunal Penal Internacional (TPI).⁵²

Consoante lecionado por Claus Roxin, as condições para a incidência da punição, como autor mediato, no âmbito do domínio da organização (*Organisationsherrschaft*), seriam: (1.º) poder de mando; (2.º) a desvinculação do ordenamento jurídico; (3.º) a fungibilidade do executor imediato; e (4.º) a considerável disposição do executor para atuar.⁵³

Com relação ao poder de mando (*Anordnungsgewalt*), aquele doutrinador observa que somente pode ser *autor mediato* quem, dentro de uma organização rigidamente dirigida, tem “autoridad para dar ordenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo (...). De ahí que puedan encontrarse en los distintos niveles de la jerarquía de mando varios autores mediatos en cadena”.⁵⁴

A desvinculação do ordenamento jurídico (*Rechtsgelöstheit*) do aparato de poder como condição necessária para a incidência do domínio da organização é, talvez, o mais polêmico dos requisitos firmados por Roxin. Em uma primeira formulação, cuidava-se, de fato, de estruturas à margem de um axiológico Estado de Direito, visto que, mesmo em ditaduras ou Estados fascistas, há um “vigente” ordenamento jurídico, muito embora desrespeitoso de garantias fundamentais do cidadão. Todavia, mais recentemente, este requisito ganhou nova feição, passando Roxin a tomá-lo no sentido da *desvinculação do Direito* não em toda a sua extensão, mas “sólo en el marco de los tipos penales realizados por él [aparato]”.⁵⁵

A fungibilidade ou substitutibilidade dos que podem executar o ato final no aparato de poder, constitui-se uma das características essenciais do domínio da organização. Segundo Roxin, “[l]a ejecución de órdenes del hombre de atrás (...) se asegura, en gran parte, precisamente porque muchos ejecutores poten-

51. Cf. a condenação, pela Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça do Peru, de 2009, dentre outros, do ex-Presidente Alberto Fujimori, como autor mediato, em razão do domínio da organização, pelos massacres de La Cantuta e Barrios Altos, que acarretou a morte de dezenas de supostos “subversivos” daquele Governo.

52. Cf. arts. 25 e 28 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Criticando a utilização da teoria do domínio da organização no âmbito do TPI: WEIGEND, Thomas. Perpetration through an organization. the unexpected career of a German legal concept. *Journal of International Criminal Justice* 9/91-111. 2011.

53. Cf. ROXIN, Claus. *El dominio de organización...* cit., p. 16-20.

54. Idem, p. 16.

55. Idem, ibidem.

ciales están disponibles, de modo que la negativa u otro fallo de un individuo no puede impedir la realización del tipo”.⁵⁶

O último requisito – a elevada predisposição para executar o fato – não constava da formulação originária da teoria do domínio da organização, tendo sido incorporado por Roxin sob influência dos estudos de Schroeder e Heinrich e, em especial, após o mencionado julgamento do BGH. Para ele, a “disposição” ou “inclinação ao fato delituoso” em nada interferiria na liberdade ou na responsabilidade penal do autor imediato, constituindo, juntamente com os três requisitos supracitados, “un aspecto del dominio de organizacion”.⁵⁷ No caso específico, esse aspecto consiste na percepção de que aquele que está na ponta final de um aparelho organizado de poder – diferentemente do verificado em um autor individual isolado –, submete-se a “múltiplas influências criminológicas”.⁵⁸ De toda sorte, isso não exculpa nem reduz sua responsabi-

56. Idem, p. 17. Segundo o próprio Roxin, este requisito também não estaria isento de críticas doutrinárias. Com efeito, um primeiro grupo de críticos observa que “hipotéticas ações de terceiros”, isto é, a possibilidade de recorrer a outros executores, não poderia fundamentar um “controle” daquele que atua de fato. Porém, Roxin replica afirmando que uma visão tão “individualista” estreitaria o fato delituoso a “duas pessoas”, não correspondendo, pois, à essência do domínio da organização. Segundo ele, “[e]l instrumento es la organización y, para su eficaz funcionamiento, la presencia de muchos posibles ejecutores no es una hipótesis, sino una realidad que asegura el resultado”. Por outro flanco, argui-se que “especialistas imprescindíveis” não seriam fungíveis enquanto “executores imediatos”. Não obstante, para Roxin, com tal grau de especificidade, abandona-se a figura do domínio da organização, ao qual se ajusta o “automatismo” do aparato e, por regra geral, a pluralidade de delitos que ocorrem segundo esse esquema criminoso. Esta circunstância denota, para Roxin, que nem todos os delitos provocados por uma organização fundamentam, por si só, uma *autoria mediata* do que ordenam. Por fim, critica-se o requisito da fungibilidade na medida em que, em tese, o executor imediato pode “abster-se de agir” deixando, por exemplo, escapar a vítima de um homicídio “encomendado” pela cúpula da organização. A seu turno, Claus Roxin rebate este último argumento afirmando que, se, de fato, ocorre um “insucesso” com este, simplesmente restará evidenciado “un fracaso de la organización, una ‘avería’” (idem, p. 17-18).

57. Idem, p. 19.

58. Essas influências empíricas seriam: (1.º) a “tendência a adaptação” de quem integra uma organização; (2.º) a “integração ao aparato” pode conduzir a uma “participação irreflexiva” em ações que um indivíduo não-integrado jamais cometeria; (3.º) o empenho “excessivo” em prestar serviço, seja por “ambição”, “desejo de notoriedade”, “convicção ideológica” ou, ainda, por conta de “impulsos criminais sádicos ou de natureza similar”; (4.º) uma resignação subjetiva no sentido de que “se eu não faço, outro fará no meu lugar”; e (5.º) a incidência de um “temor”, próximo do *domín*

u otro fallo de un individuo

para executar o fato – não
mínio da organização, tendo
tudos de Schroeder e Heinri-
do BGH. Para ele, a “dispo-
interferiria na liberdade ou
nstituindo, juntamente com
domínio de organizacion”.⁵⁷
pção de que aquele que está
er – diferentemente do veri-
e-se a “múltiplas influências
nem reduz sua responsabi-

to também não estaria isento de
o de criticos observa que “hipo-
recorrer a outros executores, não
ua de fato. Porém, Roxin replica
aria o fato delituoso a “duas pes-
nio da organização. Segundo ele,
az funcionamiento, la presencia
sino una realidad que asegura el
stas imprescindíveis” não seriam
stante, para Roxin, com tal grau
da organização, ao qual se ajusta
ralidade de delitos que ocorrem
denota, para Roxin, que nem to-
amentam, por si só, uma *autoria*
isito da fungibilidade na medida
se de agir” deixando, por exem-
do” pela cúpula da organização.
ento afirmando que, se, de fato,
rá evidenciado “un fracaso de la

ia a adaptação” de quem integra
de conduzir a uma “participação
do jamais cometeria; (3.º) o em-
bição”, “desejo de notoriedade”,
pulsos criminais sádicos ou de
sentido de que “se eu não faço,
m “temor”, próximo do *domínio*

lidade. Ademais, a disposição incondicionada ao fato do “homem da frente”, associada à sua fungibilidade, constitui-se, para Roxin, em um elemento essencial para a confiança que têm os “homens de trás” do aparato, no sentido de que suas ordens serão executadas.⁵⁹

Cumprir salientar que, no entender de Roxin, esta teoria não poderia ser estendida para as organizações empresariais estruturadas dentro da legalidade pela falta de três dos quatro requisitos acima apontados: “las empresas no trabajan por regla general desvinculadas del Derecho en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales. Falta también la intercambiabilidad (*Austauschbarkeit*) de los que están dispuestos a acciones criminales. Y tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa porque, como muestra la realidad, la comisión de delitos económicos y contra el medio ambiente lleva consigo un considerable riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa”.⁶⁰

3.3 Delitos de infração de dever

Segundo Claus Roxin, a circunstância da teoria do domínio da organização não poder ser utilizada para os casos de criminalidade de empresa, ainda quando os superiores induzam seus subordinados a cometer ilícitos, não infirma a existência de uma necessidade político-criminal de punir, como autores, os detentores de altos cargos de direção ou membros de conselhos de administração de sociedades empresariais, quando promovam – ou permitam promover – ações criminais no seio de suas organizações.

Dessa forma, aquele doutrinador propõe, como solução, recorrer à figura jurídica por ele desenvolvida dos delitos denominados de infração de um dever (*Pflichtdelikte*), fundamentando, pois, a punição como *autor* dos dirigentes quando, no tipo penal, se lhes atribua uma “posición de garante para la salvaguarda de la legalidad”.⁶¹

pela coação, consistente em que, em caso de “negativa no cumprimento da ordem”, ocorrerá a “perda do posto”, o “menosprezo pelos colegas”, ou a crença ingênua na impunidade porque a ordem foi dada “pelos de cima” (idem, p. 20).

59. Idem, ibidem.

60. Idem, p. 21.

61. Idem, p. 22. Segundo Roxin, os delitos de infração de dever são aqueles em relação aos quais o tipo exige que o autor reúna uma qualidade especial. *Verbis*: “Así p.ej. son delictos de infracción de deber los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo

4. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS

A teoria do domínio do fato superou as limitações das teorias que, no Direito Penal nuclear, procuraram justificar a punição dos intervenientes no fato criminoso, seja como autores ou partícipes. No entanto, a aplicação prática dos aportes desenvolvidos por Claus Roxin, na esfera dos tribunais, demonstrou não apenas a pertinência daquela teoria, mas, paradoxalmente, uma extensão que não fora concebida – e, tampouco, é aceita – não somente por ele, mas, também, pela doutrina majoritária do Direito Penal.⁶²

Com efeito, a questão se subsume a aplicação da teoria do domínio do fato, nas vertentes domínio funcional e domínio da organização, na criminalidade de empresa; na imputação da qualidade de *coautores* – no caso de divisão horizontal de tarefas como, v.g., em um conselho de administração – mas, também, de *autores mediatos*, para aqueles que se encontram no ápice e nos escalões intermediários de uma organização empresarial, mesmo quando os executores da ordem devam ser considerados *autores imediatos*.

4.1 A jurisprudência do Superior Tribunal Federal Alemão (BGH)

Como ressaltado, a jurisprudência do Superior Tribunal Federal alemão (BGH) admitiu a aplicação da teoria do domínio do fato – na vertente do domínio da organização –, não somente aos aparelhos de poder à margem do Estado de Direito, como, igualmente, para os delitos perpetrados por organizações formalmente estabelecidas, em particular, para a criminalidade empresarial.

Com efeito, em 1994, quando do julgamento, na 5.^a Turma do BGH, em grau de recurso, interposto pelo Ministério Público, contra a decisão do Tribunal Territorial de Berlim, que condenara os membros do Conselho de Defesa Nacional (CDN) da ex-Alemanha Oriental – Heinz Keßler, Fritz Streletz e Hans Albrecht –, somente como *indutores* das centenas de homicídios e lesões

(...), en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial, o (...) en el cual la infracción del deber de secreto profesional opera fundamentando la autoría. También es un delito de infracción de deber (...) el tipo de la gestión desleal (...), ya que en el mismo es presupuesto de la autoría la vulneración de un deber especial de cuidar el patrimonio” (ROXIN, Claus. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Trad. Luzón Peña. t. I.; CONLLEDO, García; REMESAL, Vicente. Madrid: Civitas, 2006. p. 338).

62. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoria del delito y derecho penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; LLINARES, Fernando Miró (dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013. p. 54.

ÇÃO PELOS TRIBUNAIS

ções das teorias que, no Di-

ção dos intervenientes no fato

tanto, a aplicação prática dos

dos tribunais, demonstrou

radoxalmente, uma extensão

– não somente por ele, mas,

teoria do domínio do fato,

ganização, na criminalidade

es – no caso de divisão hori-

ministração – mas, também,

em no ápice e nos escalões

esmo quando os executores

Mémão (BGH)

Tribunal Federal alemão

fato – na vertente do domí-

poder à margem do Estado

pertrados por organizações

riminalidade empresarial.

a 5.ª Turma do BGH, em

contra a decisão do Tri-

ros do Conselho de Defe-

z Keßler, Fritz Streletz e

de homicídios e lesões

ber especial derivado de uma

de secreto profissional opera

ción de deber (...) el tipo de

de la autoría la vulneración

is. *Tratado de derecho penal.*

REMESAL, Vicente. Madrid:

penal económico-empresarial

5 (dirs.). *La teoría del delito*

corporais perpetrados pelos atiradores do Muro de Berlim e pelos artefatos (minas terrestres) na fronteira entre as duas “Alemanhas”, reformou-se a decisão *a quo*, considerando todos os envolvidos – membros do CDN e soldados da fronteira – como *autores mediatos* e *autores imediatos*, respectivamente, dos referidos homicídios. Para tanto, foi utilizada a teoria dos aparatos organizados de poder, de Claus Roxin.⁶³

Além do caráter paradigmático para a Sociedade alemã, aquela Corte de Justiça admitiu, no referido *decisum*, que a teoria do domínio da organização poderia ser trasladada para outras hipóteses delitivas. Conforme exposto por Roxin, o BGH afirmou, naquela sentença, que “[t]ambién el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas se puede solucionar así, y ha procedido, asimismo, de este modo em una serie de sentencias posteriores”.⁶⁴

Consoante lecionado por Bruna Dutra, o BGH adicionou, na ocasião, como requisitos acerca da punição como autores mediatos nos aparatos organizacionais, inclusive empresariais, os seguintes: (1.º) o “homem de trás” desejar o resultado como corolário do seu próprio agir; e (2.º) a disposição incondicionada do executor direto em relação ao fato.⁶⁵

Este último requisito foi, subsequentemente, aceito pelo próprio Roxin, conforme visto *supra*, muito embora circunscrito aos aparatos à margem da legalidade. Com relação ao “desejar o resultado como consequência do próprio

63. Cf. GUBERT, Roberta Magalhães. *Mauerschützen (O caso dos atiradores do Muro) e a pretensão do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral*. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo, Unisinos, 2007. p. 41-42. Irresignados com aquele acórdão, os condenados recorreram ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) e ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, arguindo suposta violação do princípio da irretroatividade da lei penal. Segundo informado por Bruna Dutra, todos os recursos foram indeferidos (Cf. DUTRA, Bruna Martins Amorim. *A imputação penal...* cit., p. 114-115).

64. Cf. ROXIN, Claus. *El dominio de organización...* cit., p. 21.

65. DUTRA, Bruna Martins Amorim. *A imputação penal...* cit., p. 112. Nas palavras do BGH, “hay casos en los que, pese a un intermediario que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. (...) Si en tales supuestos el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, y en especial aprovecha la disposición incondicionada del ejecutor inmediato para realizar el tipo, y el hombre de atrás quiere el resultado como consecuencia de su propia actuación, entonces es autor en la forma de autoría mediata. Él posee el dominio del hecho. (...) También el problema de la responsabilidad en las empresas económicas puede solucionarse de esta forma” (BGHSt 40, p. 270 apud DUTRA, Bruna Martins Amorim. *A imputação penal...* cit., p. 113).

agir”, observa Bruna Viana que tal requisito – destituído de qualquer significação jurídica – não obteve “adesão doutrinária, especialmente por causa da crítica de sua formulação se aproximar, novamente, das teorias subjetivas da autoria e participação”.⁶⁶

Polêmicas à parte, é forçoso reconhecer que, a partir daquele julgado, legitimou-se, ao menos no aspecto prático, a utilização da teoria do domínio do fato na vertente do domínio da organização para imputar a condição de autor mediato dos dirigentes de empresas, a despeito da punição, como autor imediato, daquele que executa a ordem delitiva.

4.2 A jurisprudência dos tribunais brasileiros (TRFs)

Em que pese a ausência de disposição legal expressa em sentido contrário, bem assim a falta de consenso na doutrina brasileira, verifica-se que a nossa jurisprudência – ao menos no âmbito dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) –, tem se valido da teoria do domínio do fato – tanto na vertente domínio funcional quanto na domínio da organização – para a responsabilização de dirigentes de empresas e instituições financeiras, bem assim membros de escalões intermediários, como *coautores* ou *autores mediatos* de fatos delituosos, independentemente da punição, como *autores imediatos*, dos funcionários subalternos que, pessoalmente, realiza determinados ilícitos penais.⁶⁷

Nesse sentido, consoante exaustiva pesquisa efetuada por Bruna Dutra, o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região (TRF-4.^a Reg.), por intermédio da sua 8.^a Turma, teria sido o precursor da aplicação de tal concepção doutrinária, conforme se depreende do seguinte julgado:

“A criminalidade contemporânea, sobretudo nos delitos ditos empresariais, é caracterizada, quase sempre, por um verdadeiro e intrincado sistema de divisão do trabalho delituoso no qual são repartidas, entre os agentes executores da ação criminosa, uma multiplicidade de tarefas, cada qual fundamental à consecução do fim comum. As categorias tradicionais de coautor e partícipe, assim, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, não se mostram mais suficientes para a atribuição da responsabilidade penal individual. Foi assim que, a partir de uma formulação idealizada por Claus Roxin em sua monografia *Täterschaft und Tatherrschaft* (Autoria e domínio do fato) para estabelecer a responsabilidade oriunda dos crimes cometidos pelo Estado nacional-socialista alemão

66. *Idem*, p. 145.

67. *Idem*, p. 173-176.

construiu-se o conceito de autor mediato, ou seja, aquele que, atuando na cúpula da associação criminosa, dirige a intenção do agente responsável pela prática direta do ato delituoso. O autor mediato não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o domínio da organização, que, segundo o vaticínio de Jorge de Figueiredo Dias, 'constituye una forma de dominio-de-la-voluntad que, indiferente a la actitud subjetivo-psicológica del específico ejecutor, no se confunde con el dominio-del error o con el dominio-de-la-coacción, integrando un fundamento autónomo de la autoría mediata' (Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada. El 'dominio de la organización'. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ANARTE BORRALLO, Enrique (orgs.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Universidad de Huelva: Huelva, 1999).⁶⁸

Segundo aquela autora, este posicionamento encontra-se pacificado no TRF-4.^a Reg., não apenas em sua 8.^a Turma, mas também na 7.^a Turma.⁶⁹ Na mesma esteira, a autora informa que a 4.^a Seção daquele Tribunal expressamente reconheceu a aplicabilidade da teoria do domínio da organização na criminalidade financeira. *Verbis*:

"Embargos infringentes. Penal e processo penal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Obtenção de financiamento mediante fraude. Autoria do *falsum*. Irrelevância. Mandatário da empresa. Autor mediato. Domínio da organização. Crime caracterizado. I. Responsabilidade do embargante como incurso nas sanções do art. 19, parágrafo único, da Lei dos Crimes contra o Sistema Finan-

68. TRF-4.^a Reg., ACR 0035146-81.2009.404.7100, 8.^a T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 11.01.2012. No mesmo sentido: ACR 2004.71.09.000848-9, 8.^a T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 25.06.2010; ACR 2005.71.07.002580-2, 8.^a T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 13.01.2010; ACR 2002.71.08.009788-2, 8.^a T., rel. Cláudia Cristina Cristofani, DJ 05.08.2009; ACR 2002.71.09.002280-5, 8.^a T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 15.07.2009; ACR 2006.71.13.001153-3, 8.^a T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 10.10.2008; ACR 2005.71.00.003278-7, 8.^a T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 24.09.2008; ACR 2003.72.01.000914-7, 8.^a T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 09.07.2008; ACR 2000.72.04.001208-1, 8.^a T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 16.04.2008; ACR 2005.71.11.003847-4, 8.^a T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 26.03.2008; ACR 2000.72.04.001208-1, 8.^a T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 16.04.2008; ACR 2001.70.09.001504-1, 8.^a T., rel. p/ acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 09.05.2007.

69. TRF-4.^a Reg., ACR 0000668-57.2008.404.7205, 7.^a T., rel. Luiz Carlos Canalli, DJ 29.05.2012; ACR 0002602-16.2009.404.7205, 7.^a T., rel. Márcio Antônio Rocha, DJ 23.03.2012; ACR 0002777-78.2007.404.7205, 7.^a T., rel. Sebastião Ogê Muniz, DJ 19.08.2011; ACR 0002324-06.2004.404.7006, 7.^a T., rel. Márcio Antônio Rocha, DJ 26.11.2010; ACR 2006.70.03.004255-4, 7.^a T., rel. Néfi Cordeiro, DJ 25.06.2010.

ceiro Nacional, dado que agiu com dolo eventual, ao permitir o envio da CND falsificada por fax ao agente financeiro, o que propiciou a indevida liberação do financiamento junto ao BNDES, sendo irrelevante a autoria da contrafação. 2. Caracterizada a autoria mediata, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização.”⁷⁰

O TRF-3.^a Reg. também pode admitir – consoante pesquisado por Bruna Dutra – a incidência da teoria do domínio do fato na criminalidade empresarial, mais especificamente a teoria do domínio da organização. Cuidou-se de um caso em que, na verdade, foi afastada a acusação de coautoria, atribuída a esposa do falecido corrêu, que não detinha o controle dos ilícitos praticados pela respectiva sociedade comercial. *Verbis*:

“Embora provada a participação do agente no delito, não resulta evidente, pelo registro de 4 (quatro) ocorrências policiais, que a acusada, posto que cônjuge do corrêu, tivesse domínio da organização criminosa (‘escritório’ para obtenção de benefícios previdenciários mediante fraude), considerado que o último apresenta 156 (cento e cinquenta e seis) registros dessa natureza.”⁷¹

O TRF-2.^a Reg. também adotou a teoria do domínio do fato para a punição de crimes de empresa. Cite-se, nesse sentido, um caso coligido por Bruna Dutra que envolveu o ilícito de sonegação fiscal, no qual restaram condenados dois sócios de uma companhia de engenharia sob o fundamento de que detinham o poder decisório naquela sociedade, autorizando, pois, que seus funcionários utilizassem “notas fiscais falsas” para reduzir o tributo devido:

“Tem-se, assim, que os acusados não falsificaram diretamente as notas fiscais indevidamente contabilizadas pela (...) Engenharia, mas autorizaram a sua utilização para fins de redução ou supressão de tributos devidos pela empresa à União, sendo tal fato bastante para configurar o crime previsto no inciso III do art. 1.^o da Lei 8.137/1990. (...) É de se ressaltar, neste ponto, que não se está aqui atribuindo responsabilidade penal objetiva aos acusados, mas, apenas, aferindo a autoria do delito com base na teoria do domínio do fato, isto é, verificando dentre todos os sócios e administradores da (...) Engenharia, qual deles possui poderes decisórios suficientes para definir os rumos da sociedade. (...)”⁷²

70. TRF-4.^a Reg., EACR 2001.70.09.001504-1, 4.^a Seção, rel. Tadaaqui Hirose, DJ 23.07.2007.

71. TRF-3.^a Reg., ACR 2000.03.99.018297-4, 5.^a T., rel. André Nekatschalow, DJ 25.11.2003.

72. TRF-2.^a Reg., ACR 1996.50.01.002232-8, 1.^a T., rel. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, DJ 13.11.2009. No mesmo sentido: TRF-2.^a Reg., ACR 2003.50.01.00736-5, 1.^a T., rel. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, DJ 30.06.2010.

Em outro caso – bastante rumoroso e conhecido como “Escândalo do Papademo” – do qual o signatário, na qualidade de membro do Ministério Público Federal, investigou e denunciou seus artífices, o mesmo TRF-2.^a Reg. reconheceu a existência de uma estrutura organizada de poder, como a divisão de funções e deveres entre os dirigentes de uma determinada instituição financeira, alguns com poder de mando, outros com funções de controle contábil, mas todos coautores dos delitos de gestão fraudulenta e de emissão e negociação de títulos de capitalização sem lastro (arts. 4.^o, *caput* e 7.^o, III, da Lei 7.492/1986). *Verbis*:

“Crimes contra o sistema financeiro nacional. (...) Emissão e negociação de títulos sem lastro. Norma penal carente de interpretação. Gestão fraudulenta. Caracterização autônoma das condutas. Concurso material. Art. 5.^o da Lei 7.492/1986. Alcance. Autoria. Crime praticado por estrutura de organização. Domínio funcional do fato e dever de garantia. Contato com uma fonte de perigo. Aplicação da pena. Art. 29, § 1.^o, do CP. (...).

7. Situação de perigo constatada, concretamente, na época dos fatos narrados na denúncia, haja vista tudo o que demonstram as análises técnicas e contábeis, confirmadas por testemunhas, relatórios e laudo pericial. Operações diversas e registros contábeis deficientes e não comprovados, que não foram capazes de encobrir a insuficiência de ativos e o consequente estado de ‘desenquadramento’ da instituição. Irrelevância da publicação do quadro de credores mais de dez anos depois de todo um trabalho de saneamento realizado em liquidação, pois o que se deve focar é a conduta e a lesão ao bem jurídico ao tempo dos fatos. Gestão fraudulenta comprovada.

8. Condutas bastante diferenciadas, durante o longo período descrito na denúncia, que comprometeram a liquidez da instituição de forma perigosa aos investidores e causando lesão a um grande número deles, consumando crimes distintos. Concurso material evidente. (...)

10. Aquele que atua como planejador de orçamento e encarregado de verificar as questões técnicas para a operação de entidade emissora de títulos de capitalização exerce parcela funcional para os fatos delituosos se prossegue, consciência e vontade livres, atuando de acordo com as irregularidades verificadas. Ademais, ainda há proximidade com a fonte de risco – presente na atividade da instituição financeira que captava a poupança popular em larga escala e atuando em estado de ‘desenquadramento’. Condição de garantidor por dever contratual. Irrelevância do poder de mando, circunstância que apenas diferencia coautores.

11. A subordinação de um dos concorrentes ao dono da empresa, é circunstância que não se confunde com a participação de menor importância, na

ao permitir o envio da CND precipiou a indevida liberação do ato a autoria da contrafação. 2. Cuidado como sendo o agente que integrou a organização.”⁷⁰

soante pesquisado por Bruna Dutra na criminalidade empresarial da organização. Cuidou-se de atribuição de coautoria, atribuída a controle dos ilícitos praticados no delito, não resulta evidentes, que a acusada, posto que criminosa (‘escritório’ para fraude), considerado que o registro dessa natureza.”⁷¹

domínio do fato para a punição caso coligido por Bruna Dutra restaram condenados dois fundamentos de que detinham, pois, que seus funcionários foram condenados devido:

um diretamente as notas fiscais, mas autorizaram a sua emissão de títulos devidos pela empresa à empresa previsto no inciso III do artigo 1.^o, que não se está aqui falando de títulos, mas, apenas, aferindo o fato, isto é, verificando se a empresa, qual deles possuía o domínio da sociedade. (...)”⁷²

rel. Tadaaqui Hirose, DJ

rel. André Nekatschalow, DJ

Aluisio Gonçalves de Castro
Reg., ACR 2003.50.01.007366-
30.06.2010.

medida em que até mesmo o subalterno pode atuar de forma bastante proeminente nos fatos delituosos. Aplicação do art. 29, § 1.º, do CP. (...).⁷³

A propósito, vale mencionar que, em grau de recurso especial, este acórdão foi mantido, embora parcialmente alterado para diminuir a reprimenda de um dos coautores dos delitos financeiros. De toda sorte, na parte que aqui interessa, consignou a 5.ª T. do STJ, *verbis*:

“Recurso especial. Penal. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Gestão fraudulenta e emissão de títulos sem lastro. Arts. 4.º, *caput* e 7.º, III, *c/c* o art. 25 da Lei 7.492/1986. (...).

14. No exame da culpabilidade do agente e das circunstâncias do crime, verifica-se que os elementos concretos foram detidamente analisados pelo Tribunal *a quo*, para demonstrar porque a conduta do Réu se reveste de especial reprovabilidade. Com efeito, consignou-se que os ilícitos foram perpetrados sob a orientação do Recorrente, que engendrou complexo esquema para gerir, desviar recursos e emitir títulos sem lastro por longo lapso temporal. Além disso, ele foi o maior beneficiário da empreitada.

15. Da mesma forma, as consequências dos crimes se revelam desfavoráveis, uma vez que, repito, restaram comprovados os milionários prejuízos econômicos ao erário e à economia popular. (...).⁷⁴

Observa-se, assim, que a teoria do domínio do fato e as suas subdivisões têm sido utilizadas por tribunais brasileiros, dentre outras hipóteses, para a imputação de autoria ou participação na criminalidade empresarial. Todavia, um novo “capítulo” se abriu no nosso Direito Penal a respeito da presente questão, por ocasião, no Plenário do STF, do julgamento da Ação Penal originária n. 470 (APn 470), chancelando – ainda mais – a utilização daquele grupo de teorias.

5. DOMÍNIO DO FATO E A AÇÃO PENAL 470 (STF)

Iniciada, em 30.03.2006, com denúncia oferecida pelo, à época, Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza, a APn 470, vulgarmente conhecida como “Caso Mensalão”, imputou a 40 pessoas o envolvimento em um “esquema de compra de votos de parlamentares” havido no primeiro mandato do então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva. Os crimes constantes da acusação foram formação de quadrilha, peculato, lavagem de

73. TRF-2.ª Reg., ACR 1999.51.01.046687-8, 1.ª T., rel. Abel Gomes, DJ 21.07.2006.

74. STJ, REsp 946.653/RJ, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, DJ 03.05.2013.

tuar de forma bastante proemi-
§ 1.º, do CP. (...).⁷³

e recurso especial, este acórdão
diminuir a reprimenda de um
orte, na parte que aqui interes-

stema financeiro nacional. Ges-
Arts. 4.º, *caput* e 7.º, III, *c/c* o

e das circunstâncias do crime,
etidamente analisados pelo Tri-
a do Réu se reveste de especial
os ilícitos foram perpetrados
complexo esquema para gerir,
r longo lapso temporal. Além

crimes se revelam desfavorá-
s os milionários prejuízos eco-

do fato e as suas subdivisões
entre outras hipóteses, para a
nalidade empresarial. Todavia,
Penal a respeito da presente
zamento da Ação Penal origi-

utilização daquele grupo
época, Procura-
vulgarmente
envolvimento em

primeiro man-
Os crimes
lavagem de

2006.

dinheiro, corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta e evasão de divisas. Em novembro de 2007, o STF recebeu a denúncia e instaurou processo contra os envolvidos naquele esquema.⁷⁵ Decorridos quatro meses e meio de intensos debates, a Corte, por maioria de votos, condenou 25 dos 40 réus, fixando-lhes penas de diversas espécies e quantidades, conforme o grau de participação dos concorrentes, além de deliberar pela perda do mandato de três deputados federais condenados no processo.

Como adiantado, dentre diversas questões fáticas e jurídicas, o STF também se debruçou, a partir da sustentação oral do hoje ex-Procurador-Geral da República (PGR), Roberto Gurgel, sobre a teoria do domínio do fato nas vertentes do domínio funcional e do domínio da organização. A maioria dos ministros da Corte posicionou-se de forma favorável à utilização de ambas as correntes no terreno da criminalidade empresarial. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho da ementa daquela ação:

"Item II da denúncia. Quadrilha (art. 288 do CP). Associação estável e organizada, cujos membros agiam com divisão de tarefas, visando à prática de vários crimes. Procedência parcial do pedido. O extenso material probatório, sobretudo quando apreciado de forma contextualizada, demonstrou a existência de uma associação estável e organizada, cujos membros agiam com divisão de tarefas, visando à prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro. Essa associação estável – que atuou do final de 2002 e início de 2003, a junho de 2005, quando os fatos vieram à tona – era dividida em núcleos específicos, cada um colaborando com o todo criminoso, os quais foram denominados pela acusação de (1) núcleo político; (2) núcleo operacional, publicitário ou Marcos Valério; e (3) núcleo financeiro ou Banco Rural. Tendo em vista a divisão de tarefas existente no grupo, cada agente era especialmente incumbido não de todas, mas de determinadas ações e omissões, às quais, no conjunto, eram essenciais para a satisfação dos objetivos ilícitos da associação criminosa. (...)."⁷⁶

75. O julgamento em Plenário da Corte teve início em 02.08.2012. A dinâmica do julgamento foi articulada em oito partes: 1.º Preliminares; 2.º Quadrilha; 3.º Corrupção passiva e ativa, peculato e lavagem de dinheiro; 4.º Lavagem de dinheiro e fraudes contábeis e financeiras; 5.º Gestão fraudulenta de instituição financeira; 6.º Corrupção ativa e passiva; 7.º Lavagem de dinheiro por parte de partidos e políticos; 8.º Lavagem de dinheiro e evasão de divisas. Houve, ainda, um último tópico, referente à competência para a perda do mandato eletivo de parlamentares.

76. STF, APn 470/MG, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22.04.2013.

Registre-se, por oportuno, que o relator do processo, Min. Joaquim Barbosa, fez uso da *teoria do domínio funcional*, v.g., ao tratar da imputação de gestão fraudulenta aos dirigentes do Banco Rural. *Verbis*:

“Assim, considerando tudo o que foi amplamente exposto ao longo deste item, conclui-se que *Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Vinicius Sanarane e Ayanna Tenório* – em divisão de tarefas típicas de uma quadrilha organizada, e de forma livre, consciente e com unidade de desígnios – atuaram intensamente na simulação dos empréstimos bancários sob enfoque, bem como utilizaram mecanismos fraudulentos para encobrir o caráter simulado dessas operações de crédito, como, por exemplo, (1) sucessivas renovações desses empréstimos fictícios, de maneira a impedir que eles apresentassem atrasos; (2) incorreta classificação do risco dessas operações; (3) desconsideração da evidente insuficiência financeira dos mutuários e das garantias por ele ofertadas e aceitas pelo Banco Rural; e (4) não observância tanto de normas aplicáveis à espécie, quanto de análises da área técnica e jurídica do próprio Banco Rural.

Noutros termos, ao contrário do que foi alardeado pelos réus, a acusação de gestão fraudulenta de instituição financeira que pesa sobre eles não decorre de imputação de responsabilidade penal objetiva, mas sim da análise das suas condutas no contexto dos fatos sob exame, conforme revelado pelo conjunto de provas aqui realçado.”⁷⁷

A *teoria do domínio da organização* foi igualmente utilizada pelo Ministro relator para demonstrar o controle exercitado pelo então denominado “núcleo político”:

“A peça inicial desta ação penal salientou que o acusado *Roberto Jefferson* ‘com o conhecimento de quem vendia apoio político à organização delitiva ora denunciada’, descreveu detalhes do funcionamento do esquema de compra de apoio político, que ficaram comprovados nos autos (v. p. 7-10 da denúncia, vol. 27). Afirmou o Procurador-Geral da República destacando este depoimento, que o crime ‘era dirigido e operacionalizado, entre outros, pelo ex-Ministro Chefe da Casa Civil *José Dirceu*, pelo ex-Tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, *Delúbio Soares*, e por um empresário do ramo de publicidade de Minas Gerais, até então desconhecido do grande público, chamado *Marcos Valério*, ao qual incumbia a distribuição do dinheiro’.

A partir da inicial acusatória, tem-se que, para prática dos crimes de corrupção ativa, formou-se um grande concurso de pessoas (descrito como uma

77. F. 54185.

processo, Min. Joaquim Barbo-
o tratar da imputação de gestão
is:

mente exposto ao longo deste
o Salgado, Vinicius Sanarane e
e uma quadrilha organizada, e
ignios – atuaram intensamente
enfoque, bem como utilizaram
ter simulado dessas operações
enovações desses empréstimos
ntassem atrasos; (2) incorreta
sconsideração da evidente in-
ntias por ele ofertadas e aceitas
le normas aplicáveis à espécie,
próprio Banco Rural.

rdeado pelos réus, a acusação
ue pesa sobre eles não decorre
a, mas sim da análise das suas
forme revelado pelo conjunto

mente utilizada pelo Ministro
elo então denominado “núcleo

ue o acusado Roberto Jefferson
ítico à organização delitiva ora
nto do esquema de compra de
autos (v. p. 7-10 da denúncia,
ica destacando este depoimen-
entre outros, pelo ex-Ministro
reiro do Partido dos Trabalha-
ramo de publicidade de Minas
o, chamado Marcos Valério, ao

ara prática dos crimes de cor-
e pessoas (descrito como uma

quadrilha, cuja existência ou não será analisada ao final do julgamento), hie-
rarquicamente divididas nos seguintes escalões:

(1.º) O acusado *José Dirceu*, então Ministro Chefe da Casa Civil e respon-
sável pela articulação política e da base aliada do Governo na Câmara dos
Deputados, que teria sido o organizador e mandante dos crimes de corrupção
ativa. O Procurador-Geral da República assim descreveu as funções do acu-
sado do grupo criminoso organizado para as práticas dos crimes narrados na
inicial. (...) (2.º) Os réus *Marcos Valério* e *Delúbio Soares* seriam os executores
diretos das ordens do acusado *José Dirceu* (f. 5.635-5.638 e f. 5.706-5.733, vol.
27), responsabilizando-se pelos contatos com os parlamentares e pela opera-
cionalização dos pagamentos. A acusação assim descreveu o papel desses réus
na divisão de tarefas estabelecida pelo grupo criminoso para a execução dos
delitos. (...) (3.º) O acusado *José Genuíno* ocuparia a função de negociação de
valores com alguns parlamentares, além de ter assinado empréstimos simula-
dos, em nome do Partido dos Trabalhadores que não seriam pagos, junto ao
Banco Rural e ao Banco BMG, tendo por avalista o corréu Marcos Valério. (4.º)
Os acusados *Cristiano Paz*, *Ramon Hollerbach* e *Rogério Tolentino*, responsáveis
pelos repasses de dinheiro aos destinatários finais, por meio de suas empre-
sas, que receberam recursos oriundos de empréstimos fraudulentos fornecidos
pelo Banco Rural e pelo Banco BMG, já anteriormente mencionados. (5.º) A
acusada, *Simone Vasconcelos*, executora material da maior parte dos pagamen-
tos. (6.º) A acusada *Geiza Dias*, que informava os nomes dos beneficiários aos
funcionários do Banco Rural, para viabilizar os pagamentos em espécie.

(...) Ao meu sentir, a autoria do acusado *José Dirceu* está bem demonstrada.
As provas são harmoniosas e convergem para esta conclusão. Em situações
como a dos autos, a confissão é inteiramente dispensável. Nenhuma das teses
que as defesas tentaram construir para afastar o acusado *José Dirceu* da centra-
lidade da prática criminosa, mostrou-se verossímil no contexto evidenciado
desta ação penal. As provas revelam que *José Dirceu* exerceu controle e organi-
zação dos atos executórios dos quais também se ocupou, em especial através
da negociação dos recursos empregados e das reuniões com líderes parlamen-
tares, vice-líderes e dirigentes partidários, escolhidos para o recebimento da
vantagem indevida.”⁷⁸

78. F. 56264. E prossegue o Min. Joaquim Barbosa: “Diante de todo esse quadro com-
posto por fatos concretos, comprovados, envolvendo reuniões com os principais ar-
ticuladores dos pagamentos realizados a parlamentares, cujos votos eram negociados
pelo acusado *José Dirceu*, considero haver uma comunhão de provas no sentido de
que *José Dirceu* era a figura de maior relevo nesse organizado grupo criminoso, volta-

Além do Min. Joaquim Barbosa, outros integrantes do STF também se valeram da teoria do domínio do fato, seja para condenar, seja para absolver os acusados do Caso Mensalão. Nesse sentido, veja-se trecho do voto do Min. Celso de Mello:

“Cumpra rememorar, Senhor Presidente, algumas premissas sobre as teorias examinadas por nossos doutrinadores quanto ao concurso de pessoas para fins de constatação – e identificação – de quem pode ser autor, coautor ou partícipe de uma determinada ação delituosa, notadamente sob a perspectiva da ‘Teoria do Domínio do Fato’. (...)”

Ressalto, Senhor Presidente, por isso mesmo, a importância deste julgamento, eis que, nele, estamos a proceder a ampla reflexão e análise em torno de indagação relevante imposta pelo exame da compatibilidade, ou não, da teoria do domínio do fato – que não constitui uma teoria de exceção (como erroneamente sustentado por alguns) – com o modelo e a disciplina que o Código Penal brasileiro estabeleceu em tema de concurso de pessoas e respectivo tratamento jurídico. (...).

Há que se destacar, ainda, por necessário, que a adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, da teoria do domínio do fato.

Na realidade, uma teoria não exclui a outra, pois o reconhecimento de uma ou de outra apenas poderá influenciar no “quantum” a ser definido na operação de dosimetria penal, nos termos do art. 29 do CP.

Esse entendimento, que decorre do reconhecimento da compatibilidade, em face da legislação nacional, da teoria do domínio do fato – cuja aplicação deve sempre reger-se segundo as premissas que informam o Direito Penal da culpabilidade –, reflete-se no magistério jurisprudencial firmado, há décadas, pelo Poder Judiciário brasileiro. (...)”

Trata-se, em suma, de formulação doutrinária compatível com a organização política de Estados, como o Brasil, revestidos de perfil democrático e cuja ap

do à prática dos delitos agora em julgamento. Assim, Senhores Ministros, todo episódio contribui para revelar que o acusado José Dirceu mantinha proximidade influência superlativas sobre os demais corréus, especialmente sobre os dois núcleos publicitário e financeiro; deixa claro que Marcos Valério foi informado dos anseios dos pedidos da ex-esposa do então Ministro de Estado, intermediou os favores prestados pelos Bancos mencionados e por Rogério Tolentino. Por fim, outros fatos também revelam o poder do acusado José Dirceu sobre os corréus na empreitada minosa comprovada nestes autos” (f. 56279).

integrantes do STF também se va-
a condenar, seja para absolver os
veja-se trecho do voto do Min.

algumas premissas sobre as teorias
do concurso de pessoas para fins
de ser autor, coautor ou partícipe
nente sob a perspectiva da 'Teoria

no, a importância deste julgamen-
reflexão e análise em torno de in-
compatibilidade, ou não, da teoria do
a de exceção (como erroneamente
a disciplina que o Código Penal
e pessoas e respectivo tratamento

que a adoção, pela legislação bra-
curso de pessoas não afasta a pos-
ema jurídico-penal, da teoria do

a, pois o reconhecimento de uma
intum" a ser definido na operação
CP.

reconhecimento da compatibilidade, em
nio do fato – cuja aplicação deve
firmam o Direito Penal da culpa-
encial firmado, há décadas, pelo

ria compatível com a organização
le perfil democrático e cuja apli-

Assim, Senhores Ministros, todo esse
José Dirceu mantinha proximidade e
especialmente sobre os dois núcleos
os Valério foi informado dos anseios e
Estado, intermediou os favores a ela
gério Tolentino. Por fim, outros fatos
u sobre os corrêus na empreitada cri-

tabilidade não supõe a ocorrência de situações anômalas ou de exceção, para
lembrar, quanto a esse aspecto, observação feita pelo próprio Claus Roxin em
sua conhecida monografia, cabendo enfatizar, ainda, por necessário, que essa
concepção doutrinária não se coloca em relação de antagonismo com o direito
penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a presunção constitu-
cional de inocência, inerente ao nosso modelo constitucional.”⁷⁹

Outros Ministros do STF que, seguramente, acolheram a teoria do domínio
do fato e suas ramificações (domínio funcional e domínio da organização), por
ocasião da APn 470, foram: Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Luiz Fux e
Rosa Weber.⁸⁰

Em sentido inverso, ou seja, rechaçando as mencionadas teorias, foi como
votou o Min. Ricardo Lewandowski, por entender que a mera detenção de po-

79. E prossegue o Min. Celso Mello: “Tenho para mim, consideradas as espécies de autoria
em matéria penal, que a acusação formulada pelo Ministério Público contra os denun-
ciados que compõem o núcleo político e o núcleo operacional, examinada, inclusive,
a questão pertinente à coautoria, afasta qualquer hipótese, no caso, tal como bem o
demonstrou o eminente Relator, de responsabilidade penal objetiva dos réus, de resto
inexistente em nosso sistema constitucional.

Essa orientação é consagrada pela doutrina e vem evoluindo no sentido de reconhe-
cer, na discussão do tema pertinente ao concurso de pessoas, a noção de domínio da
organização, que representa uma das vertentes em que se pluraliza a teoria do domínio
do fato, notadamente como critério teórico, fundado no domínio da vontade, que per-
mite formular o conceito de autor mediato, o qual, atuando na cúpula da organização
criminosa, comanda a vontade do agente incumbido do cometimento direto da prática
delituosa (...).

Nessa perspectiva, a teoria do domínio do fato – plenamente compatível com situações
de normalidade institucional (não constitui teoria “ad hoc” nem de exceção) – não
ofende o ordenamento brasileiro, eis que, além de se revelar compatível com a disci-
plina que o nosso Código Penal estabeleceu em tema e no tratamento jurídico do con-
curso de pessoas, a sua aplicação não enseja a consagração de uma inadmissível hipótese
de responsabilidade penal objetiva. Em síntese, Senhor Presidente, são essas algumas
considerações que gostaria de fazer a propósito do tema tão bem suscitado pelo emi-
nente Ministro Revisor” (f. 56810-56824, grifos do original).

80. Cf. f. 55033-55076 e f. 56180-56288; f. 56771-56772; f. 54309-54311 e 54842-54856;
e f. 52774-52778, respectivamente, da APn 470 citada. O Min. Marco Aurélio parece
ter acolhido, ao menos em parte, a teoria do domínio da organização, conforme se
depreende do seguinte trecho do seu voto: “Foi [José Dirceu] o mentor do esquema
ilícito da compra de votos e, como líder do grupo, determinou as ações necessárias à
consecução do objetivo que justificou a união de todos os agentes, seja no que dizia
respeito às negociações travadas com os parlamentares e líderes partidários, seja na
obtenção dos recursos necessários ao cumprimento dos acordos firmados” (f. 59536,
APn 470 cit.).

sição hierárquica superior não é suficiente para a imputação de coautoria ou autoria mediata. Não se poderia, portanto, condenar determinados réus com base, tão somente, em “ilações” ou “simples conjecturas”.⁸¹

Ademais, o Min. Lewandowski criticou o uso indiscriminado da teoria do domínio da organização que, no seu entender, estaria sendo empregada como “uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à mingua do medicamento processual apropriado”.⁸²

6. CONCLUSÃO

Como não poderia deixar de ser, a teoria do domínio do fato de Claus Roxin, com suas subdivisões – domínio da ação, domínio funcional e domínio da organização – continua a suscitar grande discussão na doutrina jurídico-penal, mesmo após meio século de sua formulação originária.

Contudo, como visto ao longo da exposição, aquele grupo de teorias tem sido utilizada, na prática dos tribunais, não só para suprir lacunas de punição adequada aos dirigentes de organizações de poder – vinculados ou não a ordenamentos jurídicos –, mas, igualmente, para atender a necessidades político-criminais em casos de cometimento de crimes de empresa, imputando-se aos que estão nas instâncias superior e intermediária da pessoa jurídica a condição de *coautor* ou *autor mediato*, mesmo quando o funcionário que executa a ordem delitiva deva responder como *autor imediato* do fato.

Por fim, guardadas as distintas circunstâncias histórico-institucionais de cada país, pode-se observar um vigor pragmático a respeito do uso da teoria dos aparatos organizados de poder em determinados casos de grande relevância social, como visto recentemente por ocasião do julgamento da APn 470 no STF. E, de fato, em que pesem eventuais divergências, tal teoria afigurou-se apropriada àquele julgamento, considerando-se o resultado final de condenações e absolvições havidas no Caso Mensalão, repercutindo positivamente no nosso Direito e na nossa Sociedade.

81. Cf. f. 56494, APn 470 cit.

82. F. 56565, APn 470 cit. Segundo aquele Ministro, a teoria, quando aplicada em processos criminais em que a produção de provas seja muito difícil, vai ser usada para basear um raciocínio que chega a ser especulativo, para tentar suprir a falta de evidências concretas exigidas para, de fato, condenar alguém (cf. f. 56565 cit.).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A teoria do domínio do fato no concurso de pessoas, de Damásio E. de Jesus – *RBCCrim* 27/103; e
- Autoria e participação delitiva: da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva, de Guilherme Guimarães Feliciano – *RT* 839/462.

para a imputação de coautoria ou condenar determinados réus com conjecturas”⁸¹.

uso indiscriminado da teoria do fato estaria sendo empregada como remédio para todos os males, à luz do princípio da proporcionalidade”⁸².

o domínio do fato de Claus Roxin, o domínio funcional e domínio da assessoria na doutrina jurídico-penal, originária.

ção, aquele grupo de teorias tem o poder – vinculados ou não a ordens – para atender a necessidades políticas de empresa, imputando-se aos funcionários da pessoa jurídica a condição de autor do fato.

ências histórico-institucionais de fato a respeito do uso da teoria em determinados casos de grande relevância do julgamento da APn 470 no Brasil, tal teoria afigurou-se a ser o resultado final de condenações, repercutindo positivamente no sistema penal.

o, a teoria, quando aplicada em processos muito difícil, vai ser usada para basear-se para tentar suprir a falta de evidências (cf. f. 56565 cit.).

Resumen: Este artículo trata de la relación entre el Derecho Penal y la Teoría del Delito en la segunda mitad del siglo XX. Se centra especialmente en el contexto alemán de la época y analiza el impacto de los cambios políticos y económicos en la elaboración del Dogma del Delito en un sistema legal criminal dogmático. Se discute el Dogma del Delito como un concepto universal de la política criminal y el impacto de los cambios políticos y económicos en la elaboración del Dogma del Delito en un sistema legal criminal dogmático.

Abstract: This article is about the relationship between Criminal Policy and Criminal Law legal Theory in the second half of the 19th. It focuses especially on political changes in Germany at the time and their impact on the legal elaboration of the German legal criminal dogma. The article discusses the Dogma into a universal legal concept of the political changes and the impact of the political and economic changes on the elaboration of the Dogma and Criminal Law. It discusses the Dogma into a universal legal concept of the political changes and the impact of the political and economic changes on the elaboration of the Dogma and Criminal Law.